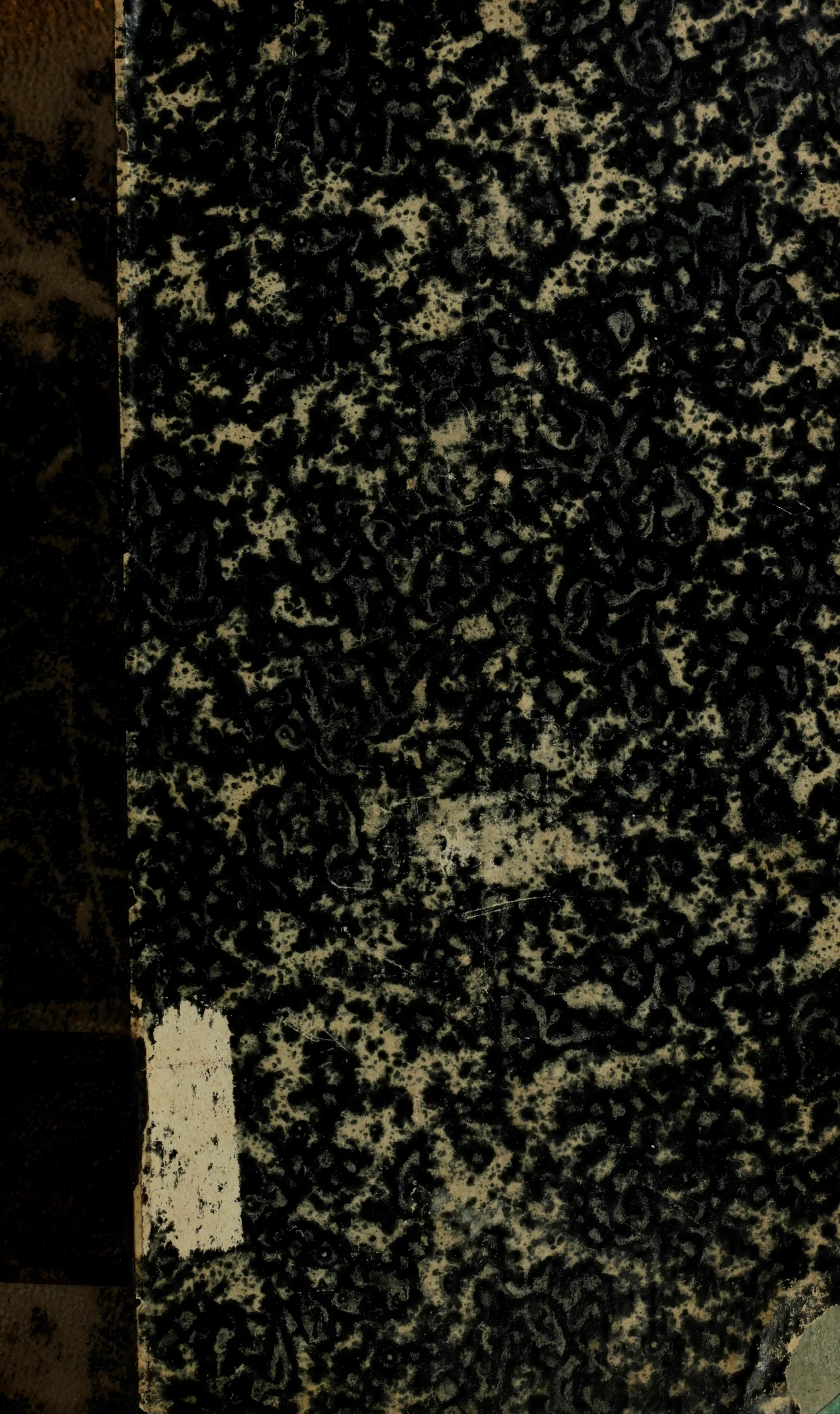
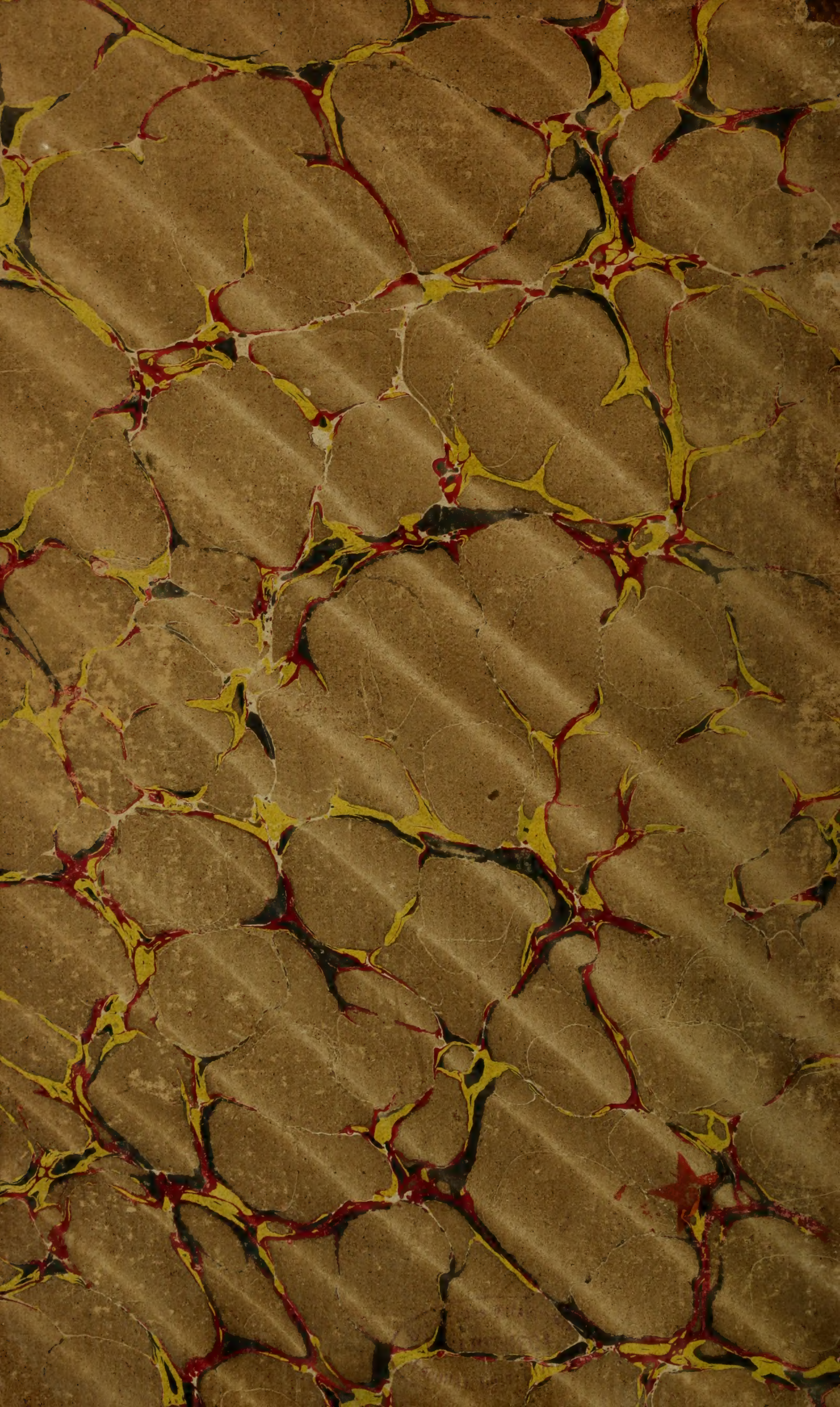
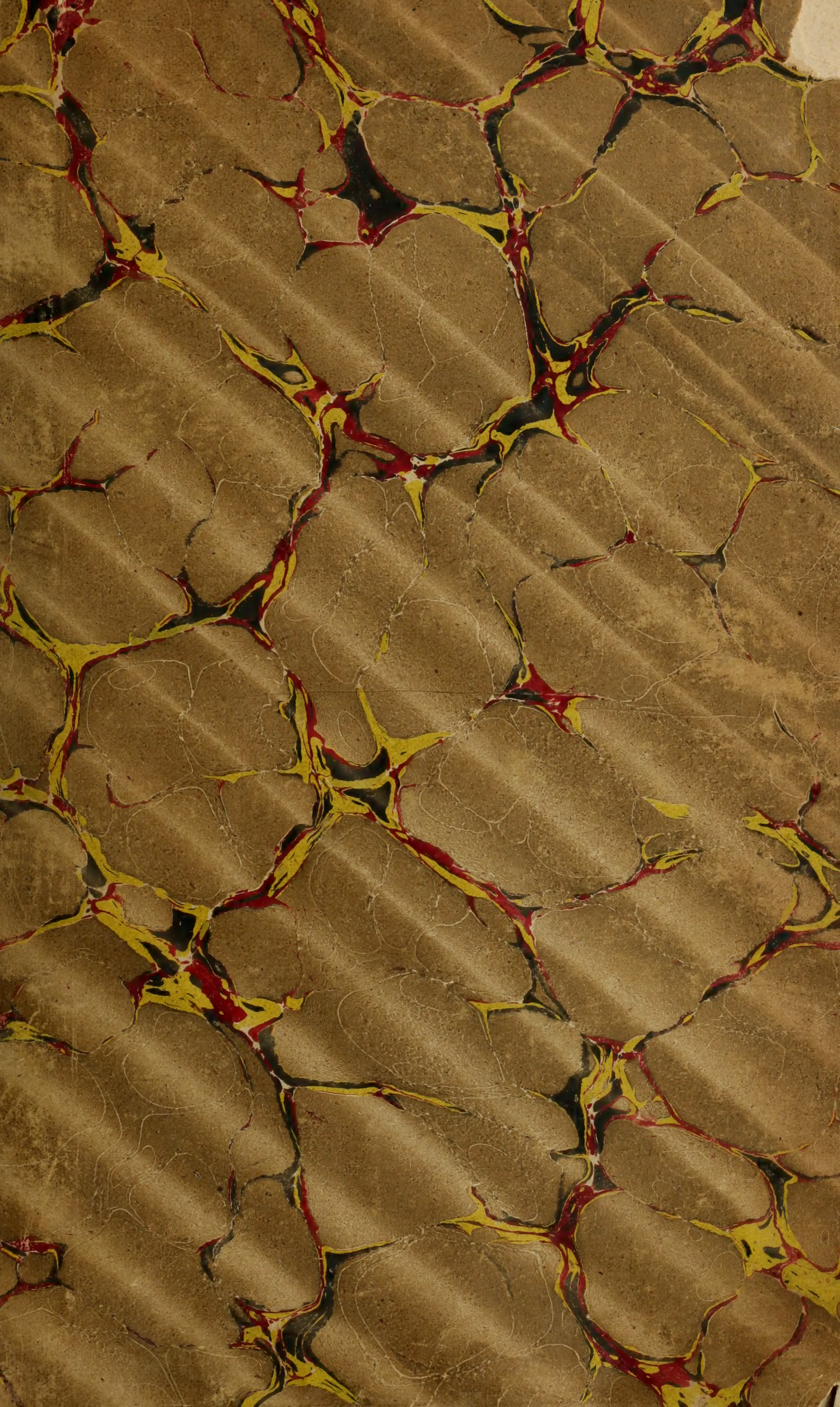






RÉPÉTITIONS ÉCRITES

SUR LE CODE CIVIL

(PREMIER EXAMEN DE BACCALAURÉAT)

SOCIÉTÉ ANONYME D'IMPRIMERIE, PAUL DUPONT, DIRECTEUR
Paris, 41, rue Jean-Jacques-Rousseau, (Cl.) 1000.8.79.

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

SUR LE

CODE CIVIL

CONTENANT

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

LEURS MOTIFS

ET LA SOLUTION DES QUESTIONS THÉORIQUES

PAR

M. FRÉDÉRIC MOURLON

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR DE PARIS

ONZIÈME ÉDITION, REVUE ET MISE AU COURANT

PAR CH. DEMANGEAT

Conseiller à la Cour de cassation, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris.

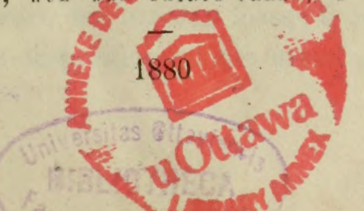
TOME PREMIER

PARIS

GARNIER FRÈRES, LIBRAIRES-ÉDITEURS

6, RUE DES SAINTS-PÈRES, 6

1880



AVERTISSEMENT

Les répétitions orales sont surtout utiles parce qu'elles frappent davantage l'esprit, en tenant la pensée plus attentive que la lecture d'un livre. Malheureusement les souvenirs s'effacent vite, et la leçon qui n'est entendue qu'une fois se retient mal. J'ai voulu remédier à cet inconvenient; c'est dans ce dessein que j'ai composé, sur les examens du Code civil, des cahiers que je mettais entre les mains de mes élèves. Tous m'ont assuré qu'ils devaient leurs succès à ces *répétitions écrites*.

Plusieurs d'entre eux, aujourd'hui mes amis, m'ont conseillé de publier ces cahiers sous la forme d'un livre. J'ai pensé comme eux, — on croit facilement ce qui nous flatte, — que cette publication pourrait être utile aux étudiants.

Qu'ils se gardent bien cependant de croire que ce livre puisse suppléer aux leçons de leurs professeurs! L'ouvrage le plus parfait, le mien d'ailleurs n'aspire pas à ce titre, ne saurait remplacer un cours.

Tout ce que je sais, je le dois à l'École. Je manquerais donc à un devoir de reconnaissance, en même temps qu'à un devoir d'honnête homme, si je ne disais à tout élève qui m'accorde sa confiance : « Allez aux cours, prenez des notes et rédigez-les. C'est la seule manière de bien apprendre; c'est ainsi que se forment les bons jurisconsultes. »

Pour ceux qui suivront ce conseil, mon livre sera un guide sûr qui les préparera à recevoir les savantes leçons du professeur. Il leur donnera des enseignements élémentaires, indispensables pour comprendre avec intelligence les théories qui leur seront exposées; et, au sortir de l'école, il leur sera encore utile pour étudier de nouveau les arguments qu'ils n'auront pas bien saisis, pour rédiger leurs notes et pour combler les lacunes qui s'y rencontreront.

J'ai suivi l'ordre du Code quant aux Titres et quant aux Sections; mais je me suis écarté de l'ordre des articles lorsqu'il m'a paru défectueux. Quelquefois, en effet, les dispositions d'une même Section sont comme

un amas de règles sans liaison, sans rapport entre elles, ce qui rend l'étude des textes aussi laborieuse que difficile : car, pour en bien saisir le sens, il est souvent nécessaire de joindre à plusieurs lectures une grande application et beaucoup de discernement. Ce défaut d'ordre est cause qu'au début de leur carrière, les élèves qui n'ont pas de guide sont souvent découragés ou n'apportent dans leurs travaux qu'une pensée ennuyée et paresseuse. Quand la mémoire est chargée et le jugement embarrassé de décisions confuses, mal digérées, il est difficile de se former un système net et précis de chaque matière, et de ranger dans son esprit ce qui est si dérangé dans le livre où il faut l'apprendre.

C'eût été tomber dans le même inconvénient que d'expliquer le Code article par article. Cette méthode me semble dangereuse. L'élève lit un article, puis le commentaire qui l'explique; ce travail fait, il passe à un second article, et ainsi de suite. Qu'arrive-t-il alors? L'élève a étudié et appris des règles isolées; il sait des décisions, beaucoup de détails inutiles ou superflus qui n'ont pas besoin d'être appris. Il n'a point de doctrine, point de science : la science est l'harmonie des règles.

Mon but a été de présenter dans un ordre méthodique les différentes décisions qui composent une même Section, de traiter d'abord des règles qui s'entendent par elles-mêmes et sont la source des autres, de grouper celles qui ne peuvent être bien comprises qu'en les comparant, m'efforçant de mettre en relief, en les dégageant des détails qui les enveloppent, les principes généraux qui expliquent et résument chaque matière. Je ne me suis pas attaché à être élégant dans mon style. Avant tout, j'ai voulu être clair, logique, rendre chaque principe saisissable, l'étude du droit assez facile pour que les intelligences les plus rebelles puissent l'aborder sans découragement, avec plaisir.

Les élèves s'attachent, en général, à connaître les différentes dispositions de la loi; ils n'en recherchent pas l'esprit. C'est un tort. Beaucoup d'entre eux sont refusés, parce qu'après avoir dit qu'une chose existe, ils ne savent pas expliquer *pourquoi* elle existe. J'ai dû, en conséquence, ndiquer partout les motifs de la loi.

Souvent aussi les élèves sont appelés à signaler les différences existantes entre les règles qui semblent identiques et qui pourtant se séparent sur des points essentiels; c'est ainsi, par exemple, qu'on demande fréquemment les différences qui distinguent les héritiers légitimes des successeurs rréguliers, l'indignité de l'incapacité, l'incapacité de l'indisponibilité, le rapport de la réduction, la subrogation de la cession, les résolutions qui ont lieu de plein droit de celles qui doivent être prononcées en justice, le titre authentique de l'acte sous seing privé. Les élèves, s'ils n'ont pas fait de fortes études, ne savent pas faire ces rapprochements et ces distinctions; je les ai partout signalés.

Dans le corps de l'ouvrage se trouvent exposés les principes généraux,

les motifs sur lesquels ils sont fondés, les questions qu'ils font naître, les différentes manières de les résoudre, les arguments à l'appui de chaque système, et enfin les espèces qui les éclairent et les rendent plus facilement intelligibles.

En marge sont les interrogations qui peuvent être faites aux examens, et dont la solution se trouve en regard dans le corps de l'ouvrage.

L'ouvrage est divisé en *répétitions*. Chacune d'elles détermine l'étendue du travail qu'un élève peut se proposer pour chaque jour.

Il faut bien se garder de lire isolément les interrogations et de chercher ensuite la solution qui est en regard. Avant tout, il faut lire attentivement, *deux fois plutôt qu'une,* la série d'articles dont l'explication fait l'objet d'une *répétition*. Ce travail fait (*je le considère comme indispensable pour bien apprendre et subir un bon examen*), l'élève doit étudier les explications dont se compose une *répétition;* il passe ensuite aux interrogations qui sont en marge, afin de s'assurer s'il a bien compris et s'il sera en état de répondre aux questions qui pourront lui être faites sur la matière étudiée.

Ces interrogations ont un autre avantage. Il n'est pas d'élève qui, sur le point de passer un examen, ne sente le besoin de résumer ses études, de s'interroger; rien ne lui sera plus facile. Qu'il lise chaque question. Y répond-il, qu'il passe à une autre; est-il embarrassé, la solution est en regard. En un ou deux jours, il peut revoir son examen.

Enfin, il peut s'adjoindre un condisciple, se faire interroger par lui et l'interroger à son tour; exercice éminemment utile, dont les élèves comprendront, je l'espère, tout le secours qu'ils en peuvent tirer.

Si quelques points n'ont pas été bien compris, s'ils ne sont pas convaincus sur quelques autres, s'ils ont aperçu des lacunes, qu'ils notent les points sur lesquels ils ont besoin d'éclaircissements et se les fassent donner par un répétiteur. Tandis que quatre ou cinq mois de répétitions suffisaient à peine pour apprendre un examen travaillé selon l'ancienne coutume, un temps moins long suffira aux étudiants qui, confiants dans mon avis, suivront ma méthode.

Je n'ai pas fait de résumés sur chaque matière, préférant les laisser rédiger par les élèves eux-mêmes. Cette rédaction sera facile : chaque Section est divisée en plusieurs numéros, qui sont autant d'idées principales; une réponse au bas de chacun d'eux fournira le résumé le plus clair et le plus concis de la matière.

Ce travail aura un avantage inappréciable. On sait qu'avant de subir leur quatrième examen, les élèves sont soumis à une épreuve écrite; cette composition, qui doit consister dans une exposition méthodique des règles générales de la matière tirée au sort, n'embarrassera pas les élèves qui auront pris soin de faire eux-mêmes les résumés dont je viens de parler.

La connaissance des principes et la pratique des affaires ont été souvent l'objet d'appréciations très absolues. Soutenues et combattues toutes les deux par des apologistes et des détracteurs exclusifs, ceux-ci ont glorifié avec amour les bienfaits de l'une, ceux-là ont exalté avec excès les mérites de l'autre, si bien qu'au lieu de rester unies par le lien de la plus étroite parenté, il semble qu'elles soient, par nature et par essence, condamnées à vivre dans un perpétuel antagonisme.

Cela est fâcheux ! Séparées, la science devient un jeu stérile de l'esprit, et la pratique un métier. Elles ne peuvent exister utilement l'une et l'autre qu'autant qu'elles se prêtent un mutuel secours.

Afin d'aider à cette alliance, j'ai joint à mes explications un Formulaire de tous les actes auxquels peut donner lieu l'application des règles contenues au Code civil.

L'étude des formules n'aura, quant aux examens à subir, qu'une utilité très éloignée; mais, au point de vue de la direction des affaires, elle est essentielle.

MOURLON.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION DE LA LOI, DU DROIT ET DE LA JURISPRUDENCE. — DIVISIONS DU DROIT.

1re *Répétition.*

Qu'est-ce que la *loi?*

1. — I. Définition de la loi. — La loi est *une règle établie par une autorité supérieure à laquelle on est tenu d'obéir* (1). M. Portalis, dans son discours préliminaire sur le Code civil, la définit : *la déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun* (2).

On l'appelle *naturelle*, lorsqu'elle dérive nécessairement de la nature même de l'homme, c'est-à-dire lorsqu'elle a Dieu pour auteur; *positive*, quand elle émane d'un législateur humain.

La *sanction* de la loi?

Le mot *loi* vient du latin *ligare* (lier). C'est qu'en effet la loi *lie*, *oblige;* elle assujettit les personnes, par l'espoir des récompenses, ou par la crainte des châtiments, à l'accomplissement de leurs devoirs. La récompense accordée à celui qui l'observe, la peine infligée à celui qui la viole, s'appellent *sanction* (3).

La loi *naturelle* a pour sanction l'espoir des récompenses divines, et la haute considération qu'on acquiert dans le monde quand on la respecte; les remords de la conscience et le mépris public lorsqu'on la viole. La sanction des lois *positives* est plus énergique encore, plus directement et plus immédiatement coercitive : elle consiste soit dans la nullité des actes qu'elles prohibent, soit en certaines peines corporelles ou pécuniaires que subissent ceux qui s'en écartent (4).

On appelle souvent la loi, par une figure de langage, la *règle des actions humaines*, parce que, de même que la *règle* sert, dans les arts, à tirer, d'un point à un autre, la ligne la plus courte, qu'on appelle *la ligne droite*, de même la loi trace à l'homme les préceptes qu'il doit suivre pour atteindre, sans dévier, le but vers lequel il doit tendre.

(1) MM. Duranton, t. I, n° 40; Valette, *Notes sur Proudhon*, t. I, p. 3. Comp. MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édition, t. I, § 4, p. 6.

(2) « Il faut ajouter : *et de régime intérieur*, afin de distinguer la loi du traité » (M. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. I, p. 50).

(3) Le mot *sanction* a encore un autre sens, comme nous le verrons un peu plus loin (nos 26, 28, etc.).

(4) *Legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint,* SANCTIONES *vocamus* (Institutes de Justinien, § 10 *De divisione rerum*).

Enfin, on appelle encore la loi un *commun* précepte, *commune præceptum*, parce qu'il est de sa nature d'être le même pour tous

Comment divise-t-on les lois?

— Les lois sont *impératives*, *prohibitives* ou *facultatives :*

Impératives, lorsqu'elles commandent une action : telles sont les lois relatives au paiement des impôts, au service militaire;

Prohibitives, lorsqu'elles défendent de faire tel ou tel acte;

Facultatives, lorsque, sans ordonner ni défendre, elles se bornent à introduire un droit dont on peut, à son gré, user ou ne pas user. Ainsi, la loi qui permet de se marier, de tester, de contracter, à tel âge, est tout à la fois *facultative* et *prohibitive :* car, par cela même qu'elle permet de faire ces actes à telle époque, elle défend de les faire avant l'époque qu'elle détermine.

Qu'est-ce que le *droit*, philosophiquement parlant?

2. — II. Définition du droit. — Philosophiquement, abstractivement parlant, le droit n'est pas l'œuvre des hommes : les législateurs humains ne le créent point. C'est un principe antérieur et préexistant, général, absolu, imprescriptible et invariable, parce qu'il tire sa source de la nature même de l'homme, qui ne change jamais. On le définit : *le fondement ou la raison première de la justice, le principe dirigeant des actions humaines, au point de vue du juste et de l'injuste.*

Cette définition, pour être complète et indiquer d'une manière exacte ce que c'est que le droit, aurait elle-même besoin d'être définie : il faudrait, en effet, préciser ce principe dirigeant des actions humaines, cette raison première de toute justice. Mais la solution de ce problème est étrangère à l'objet de nos études, elle appartient aux philosophes plutôt qu'aux jurisconsultes (1).

(1) Suivant M. Cousin, la raison première de la justice consiste dans le *respect de la liberté de l'homme.*

Dieu confère à chacun le droit de faire tout ce qu'il veut, sous cette réserve que l'exercice de ce droit ne portera pas atteinte *au droit d'autrui.*

L'homme qui use de sa liberté sans nuire à la liberté de son semblable est en paix avec lui-même et avec les autres; il reste dans son droit; il est *juste!* Dès qu'il entreprend sur la liberté des autres, il les déshonore et se déshonore lui-même; il sort de son droit; il est *injuste!*

La paix ne s'obtient que par le respect que les hommes se portent ou doivent se porter les uns aux autres; c'est à ce titre qu'ils sont tous *égaux*, c'est-à-dire tous *libres.* La société consiste donc dans le développement régulier, dans le commerce paisible de toutes les libertés. Dès lors on peut définir le juste ou l'injuste : *le respect ou la violation de la liberté d'autrui.*

— Selon M. Oudot (*Premiers essais de philosophie du droit; Conscience et science du devoir),* le droit est la science de la direction des actions humaines, au point de vue du juste et de l'injuste, c'est-à-dire la science du but de l'homme et des moyens de l'atteindre.

Le but de l'homme est double : comme être matériel, l'homme a pour but *sa conservation et son bien-être matériel;* comme être intelligent et libre, il a pour but *son perfectionnement.*

Ainsi, recherche du bien-être matériel et du bien-être moral, tel est le but de l'homme. D'où pour lui droit et devoir de se *conserver*, droit et devoir de *s'améliorer.*

Ce qui est vrai de l'individu est vrai de l'espèce, car elle agit collectivement par les efforts des individus qui la composent. L'homme, n'étant borné ni par son intelligence, ni par ses sentiments, à la sphère de son individualité,

— Considéré comme objet d'étude et dans son acception la plus large, le droit est l'ensemble systématiquement organisé des règles qui servent à distinguer le juste de l'injuste, le bien du mal; ou, plus simplement : *la science de la justice.*

Qu'est-ce que le *droit*, considéré comme objet d'étude?

3. — Le mot *droit* vient du verbe latin *dirigere*, diriger : en traçant les règles du juste et de l'injuste, il dirige l'homme dans la voie qu'il doit suivre.

Selon les jurisconsultes romains, le mot *jus* (droit) dérive du mot *jussum* (ordre ou commandement). En se plaçant à ce point de vue, on le définit : ***L'ensemble des lois que le législateur a promulguées pour régler les rapports des hommes entre eux.*** Philosophiquement, cette définition est inexacte : car les lois qui émanent des législateurs humains ne réalisent pas toujours le droit naturel tel que la philosophie le conçoit, c'est-à-dire le droit dans sa perfection : ainsi les lois autrefois établies contre les sorciers blessaient le droit au lieu de le consacrer. Mais, *judiciairement* parlant, je veux dire pour les magistrats, pour les juges, notre définition est irréprochable : pour eux, le droit consiste uniquement dans l'ensemble des lois que le législateur a établies pour régler les différends que le conflit des intérêts peut faire naître.

4. — Le droit naturel se confond avec la morale (1). Le droit positif, au contraire, s'en sépare sous plusieurs rapports :

Quelles différences y a-t-il entre la *morale* et le *droit positif?*

1° La morale engendre des *devoirs;* le droit positif, des *obligations*. Le *devoir* est une nécessité morale de faire tel acte ou de s'en abstenir, mais qui n'a de sanction que dans la conscience. L'*obligation* est une nécessité morale reconnue et sanctionnée par le législateur, qui, pour la faire respecter, met à la disposition de celui qui le réclame des moyens matériels de coercition (2).

2° Les lois de la morale sont obligatoires, indépendamment de toute promulgation : car la raison seule les révèle. Les lois positives, pouvant rester ignorées, ne deviennent, au contraire, obligatoires que par la promulgation qui les fait connaître.

3° Les lois que la morale enseigne sont *universelles :* elles obligent tous les hommes sans distinction. Les lois positives, au contraire, sont ordinairement *particulières* et *locales* : elles n'obligent

est appelé à atteindre son but *individuellement* et *socialement*, c'est-à-dire conformément à l'ordre général dont il fait partie : il doit donc, tout en tendant au but qui le concerne individuellement, ne pas entraver le but des autres et leur prêter même des secours. D'où deux principes :

1° Égalité dans les droits que donne la création; égalité dans les moyens de remplir les devoirs qu'elle impose;

2° Devoir de charité.

Egalité et *charité*, tout le droit est là.

Ce système n'est que la paraphrase de ces préceptes éternels de toute justice :

Aime ton prochain comme toi-même; ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse; fais à autrui ce que tu veux qu'il te soit fait.

(1) Comp. M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. I, p. 3 et suiv. de la 3e édition.

(2) M. Oudot.

que ceux qui habitent le pays où le législateur qui les a faites les a promulguées.

4° Les lois qui prennent leur source dans la morale sont *immuables :* car, tenant à notre nature, elles ne changent jamais. Il n'en est pas de même des lois positives : celles-ci sont *variables* et *changeantes,* puisque le législateur qui les a faites peut les modifier à son gré ou les abroger.

Qu'est-ce que la *jurisprudence?*

5. — III. Définition de la jurisprudence. — La *jurisprudence* est la connaissance acquise du droit. Tel était du moins le sens que les Romains donnaient à ce mot (1). Mais aujourd'hui on l'entend communément dans une autre acception. On l'emploie pour indiquer l'habitude prise par un tribunal ou par plusieurs tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi d'une certaine manière. On dit en ce sens : *la jurisprudence des Cours d'appel*, pour exprimer qu'elles ont rendu sur un même point plusieurs décisions uniformes. On dit encore : *un recueil de jurisprudence*, pour exprimer une collection d'arrêts et de jugements rendus par les Cours et tribunaux.

Quels sont les différents sens du mot *droit?*

6. — IV. Différents sens du mot droit. — Ce mot a dans notre langue plusieurs acceptions. Il signifie :

1° L'assemblage systématiquement coordonné des règles du juste et de l'injuste. On le considère alors comme science, comme objet d'étude (voy., ci-dessus, n° 2). Ainsi, *faire son droit*, c'est apprendre les règles au moyen desquelles on distingue le bien du mal, le juste de l'injuste;

2° La loi elle-même. On l'emploie dans ce sens, lorsqu'on dit, par exemple, que telle décision d'un tribunal est *conforme au droit ;*

3° L'ensemble des lois de tel pays (voy., ci-dessus, n° 3). On dit ainsi : *le droit français, le droit romain ;*

4° La collection des lois d'une certaine espèce (droit civil, droit commercial, droit des gens);

5° Les facultés ou prérogatives que consacre la loi, telles que la faculté de tester, de se marier, de bâtir ou de ne pas bâtir sur son terrain;

6° Ce que la loi ordonne, permet ou défend. Le mot *droit* est alors pris par opposition au mot *équité*. C'est ainsi qu'on dit souvent : cette décision, bien que *conforme au droit*, n'est pas *équitable* (2).

Comment divise-t-on le droit?
Qu'est-ce que le *droit naturel?*

7. — V. Divisions du droit. — Le droit se divise : 1° en *droit naturel* et *droit positif*. — Le *droit naturel* est l'ensemble de ces règles primitives qui, étant également senties et reconnues par tous les hommes, dans tous les temps et dans tous les lieux, sont regardées comme gravées dans notre âme par la main de Dieu. Il est, en effet, certaines notions que la raison découvre, que nous savons et que nous n'avons jamais apprises, qui sont nées en nous et avec nous.

(1) Inst. de Justinien, § 1 *De justitiâ et jure.*
(2) Comp. M. Demangeat, *Cours élém., loc. cit.*

Le *droit positif* est l'ensemble des lois par lesquelles le législateur humain donne une sanction efficace aux préceptes du droit naturel en même temps qu'il en déduit les conséquences. Ainsi, il a pour but : 1° de faire connaître plus particulièrement les lois naturelles, en expliquant ce qu'elles peuvent avoir d'obscur ; 2° de leur donner un nouveau degré de force par les peines qu'il inflige à ceux qui les violent; 3° de les accommoder aux mœurs du temps; 4° de déterminer les formalités que nous devons suivre pour faire respecter et valoir nos droits. Le *droit positif?*

Cette tâche semble facile. Cependant, soit que notre raison ne soit pas assez pure pour reconnaître avec certitude les préceptes de la loi naturelle, ou que notre cœur ne soit pas assez droit pour en déduire les conséquences nécessaires, soit que l'intérêt en obscurcisse la notion, les législateurs, après bien des efforts, cherchent encore la formule des lois naturelles. Ils scrutent, examinent, discutent, contredisent, poursuivant sans relâche la solution du problème éternellement posé à la créature par le Créateur; mais chacun le résout à sa manière, suivant son tempérament, son âge, son éducation et mille autres circonstances. Le juste devient l'injuste, et réciproquement, suivant les temps et suivant les lieux. Les vieilles lois, abandonnées et méprisées, sont remises en honneur; les lois nouvelles, estimées la veille, sont flétries le lendemain : si bien qu'il semble qu'on pourrait dire avec raison que rien n'est plus obscur, plus variable, plus local, plus arbitraire, que ce droit immuable et universel que Dieu a gravé dans le cœur de l'homme. En présence de ces variations législatives, l'esprit hésite, un moment incertain. La vérité, se dit-il, est une, invariable, éternelle : les lois positives ne sont pas l'expression de la vérité, puisqu'elles sont si changeantes et si souvent contradictoires ! Sont-elles donc l'œuvre du hasard, et le droit n'a-t-il jamais régné sur la terre?

Cette conclusion serait bien affligeante si elle était vraie; mais il faut la rejeter sans hésiter. La mobilité des lois n'a rien qui doive nous surprendre ou nous affliger, car elle a sa raison d'être, et sa raison légitime. Si, dès l'origine, l'intelligence humaine avait pu atteindre la perfection dont elle est susceptible, les lois eussent été parfaites dès le principe; elles seraient alors restées perpétuellement les mêmes. Mais l'homme n'a pas la perfection réalisée en lui de toute éternité : Dieu ne l'a fait que *perfectible!* Ce n'est que successivement, par degrés et après de bien longues recherches, que, s'élevant vers la vérité, il perçoit la notion du juste. De là la mobilité de ses lois : ses idées sur la justice changent et se développent, à mesure que ses idées générales sur sa nature et sur sa destination sociale se rectifient et s'élargissent.

Le droit qu'il établit s'élève donc progressivement, c'est-à-dire proportionnellement aux connaissances qu'il acquiert : les transformations de la législation ne sont que l'image des transformations qu'il subit lui-même. De même que chaque transformation

marque un progrès dans son intelligence, de même chaque loi nouvelle marque une amélioration. Ainsi, à l'époque barbare où il était permis de massacrer impitoyablement les prisonniers de guerre, la loi qui créa l'esclavage pour les sauver de la mort réalisa un progrès véritable. Plus tard, elle fut elle-même jugée inhumaine et odieuse. Le servage, transformation adoucie de la servitude, disparut à son tour pour faire place au principe de l'égalité civile.

La science du juste est comme une alluvion qui se forme insensiblement, jour par jour, grain par grain. Il ne faut donc voir dans la mobilité de nos lois que la série des degrés que l'esprit humain a dû successivement gravir pour s'élever dans la science du juste, jusqu'au point qu'il occupe aujourd'hui. C'est ce qui fait dire à M. Oudot, dans ses *Premiers essais de philosophie du droit*, que le droit positif n'est qu'*un essai progressif* de la distinction du juste et de l'injuste;.... que le droit naturel est celui qu'il est souhaitable de voir transformer immédiatement en droit positif (1). On peut, en se plaçant à ce point de vue, définir le droit naturel : celui qui *paraît être plus épuré, plus parfait, que le droit établi.*

Cette distinction entre le droit naturel et le droit positif est-elle utile en jurisprudence?

8. — Au reste, cette distinction entre le droit *naturel* et le droit *positif* n'est utile que scientifiquement parlant; elle n'a en jurisprudence aucun côté pratique. Pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif (ci-dessus, n° 3). Les lois naturelles ou morales ne sont, en effet, civilement obligatoires qu'autant qu'elles ont été sanctionnées par une loi écrite. Les autres ne sont pas matière de droit, et le juge qui s'appuierait sur elles pour motiver ses décisions dépasserait les limites de ses pouvoirs. Au législateur seul appartient le droit de déterminer, parmi les règles si nombreuses et quelquefois si controversées du droit naturel, celles qui sont légalement obligatoires.

La règle que j'énonce résulte de l'art. 1er de notre Code, aux termes duquel il n'y a de lois obligatoires que celles qui ont été promulguées dans les formes qu'il prescrit (2).

Elle est absolue en matière criminelle. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est licite et ne peut être empêché. Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Mais, en matière civile, elle souffre une exception importante : l'*équité* ou le droit naturel peut, en effet, servir de base aux décisions judiciaires dans les cas où la loi le permet expressément (3). C'est ce qu'elle fait dans les art. 565 et 1135 (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 4).

Qu'est-ce que le *droit civil*?

9. — 2° En *droit civil* et *droit des gens*. — Le *droit civil* est l'ensemble des lois qui sont propres aux membres de la nation qui les a faites; c'est le droit de la cité, le *jus civitatis*. Ainsi, notre droit

(1) *Premiers essais*, p. 64 et suiv.
(2) Voy. la *Chrestomathie* de M. Blondeau (Introduction, p. 12).
(3) Voy. M. Oudot, *Premiers essais*, p. 163.

civil comprend toutes les lois qui sont spéciales aux Français (1).

Le *droit des gens* est, dans chaque pays, l'ensemble des lois communes à tous les hommes, *étrangers* ou *nationaux*. Ainsi, chez tous les peuples, deux sortes de lois existent. Les unes sont propres aux membres de la nation qui les a faites : elles forment le *jus proprium civitatis*, le droit *civil*. Les autres sont applicables à tous les hommes, sans distinction de nationalités : elles forment le *jus commune gentium*, le *droit des gens*.

Qu'est-ce que le *droit des gens*?

Les mots *droit des gens* ont une seconde acception : on les emploie pour exprimer ce qu'on appelle dans la langue moderne le *droit international*, c'est-à-dire l'ensemble des lois d'après lesquelles les nations, considérées comme individus, règlent leurs rapports entre elles. Ce droit a sa source soit dans les traités de paix, d'alliance et de commerce, par lesquels les nations s'imposent respectivement différentes obligations les unes envers les autres, soit dans les usages réciproquement observés entre elles, soit enfin dans ces règles si essentielles à la sociabilité humaine qu'elles ont eu dans tous les temps l'assentiment unanime des peuples. Sa sanction consiste, d'une part, dans la force que chaque nation peut employer contre la nation qui le viole; d'autre part, dans la déconsidération universelle qu'entraîne toujours avec elle l'inobservation des préceptes que les peuples sont habitués à respecter.

10. — 3° En *droit public* et *droit privé*. — Le *droit public* règle les rapports des particuliers avec l'Etat; le *droit privé*, les rapports des particuliers entre eux.

En d'autres termes, les lois qui confèrent des *droits* ou imposent des *devoirs* aux particuliers envers l'État forment le droit public (2). Telles sont les lois qui sont relatives à la distribution des pouvoirs, à l'organisation de la puissance publique, celles qui règlent les élections ou qui déterminent les conditions nécessaires pour être admis aux emplois publics, toutes celles aussi qui ont pour objet la répression des attentats aux bonnes mœurs et à la sûreté de l'Etat.

Qu'est-ce que le *droit public*? Le *droit privé*?

(1) Je donne ici aux mots *droit civil* leurs sens historique et scientifique; mais je dois faire remarquer qu'aujourd'hui, dans la science actuelle du droit, comme dans la pratique, les mots *droit civil* se prennent par opposition aux mots *droit public*. Le *droit civil*, c'est le *droit privé*. — On le prend aussi quelquefois par opposition au *droit commercial*, ou encore par opposition au *droit criminel*.

(2) Quoique les Chartes *constitutionnelles* de 1814 et de 1830 soient intitulées *droit public des Français*, néanmoins tout le monde reconnaît que l'expression *droit public* a un sens plus général que celui qu'on attache aux mots *droit constitutionnel*. Ainsi, les lois qui ont pour objet la répression des attentats aux bonnes mœurs ne sont pas des lois constitutionnelles, quoiqu'elles fassent partie du droit public. Le *droit constitutionnel* est proprement celui qui règle l'organisation intérieure de l'État et l'exercice des pouvoirs de la souveraineté. M. Oudot le définit : « Celui qui, traçant la ligne de démarcation entre les gouvernants et les gouvernés, détermine entre eux le rapport d'autorité et d'obéissance. »

Les lois qui confèrent des droits ou imposent des devoirs aux particuliers envers d'autres particuliers forment le *droit privé*.

Certaines lois privées ne forment-elles pas un droit public *sui generis?*

Toutefois, il en est parmi elles qui, sous un certain rapport, forment un droit public *sui generis* : telles sont les lois qui sont relatives à la famille, qui constituent la puissance maritale, la puissance paternelle. Elles appartiennent évidemment au droit privé, puisqu'elles règlent des rapports *privés*, c'est-à-dire de particulier à particulier. Cependant elles sont aussi de *droit public* : car elles ont pour objet, non pas de purs intérêts pécuniaires, mais l'ordre général dans l'État, l'intérêt public (1). En nous plaçant à ce point de vue, nous appellerons *droit public* celui qui a *l'intérêt purement général* pour objet; *droit privé*, celui qui n'a trait qu'aux *intérêts privés*.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer le droit public du droit privé?

Ces deux espèces de droits doivent être distinguées. Le premier est au-dessus des conventions des particuliers; ils n'y peuvent point déroger. Le second, au contraire, est susceptible de recevoir toutes les modifications qu'il plaît aux parties d'y apporter; elles peuvent même y renoncer complètement (C. civ., art. 6).

Qu'est-ce que le *droit commercial?*
Le *droit civil*, opposé au droit commercial?

11. — 4° En *droit commercial* et *droit civil* (non commercial). — Le premier a pour objet les transactions commerciales; le second règle tous les faits qui ne constituent point des actes de commerce (2).

Qu'est-ce que le *droit déterminateur?*
Le *droit sanctionnateur?*

12. — 5° En *droit déterminateur* et *droit sanctionnateur*. — Le droit *déterminateur* donne les règles du juste et de l'injuste. Le droit *sanctionnateur* le fait observer, par les peines qu'il inflige à ceux qui le violent, ou par les récompenses qu'il accorde à ceux qui s'y soumettent (3). Les lois *criminelles* appartiennent au droit sanctionnateur. La théorie des *preuves* organisées à l'usage de ceux qui réclament des droits méconnus en fait également partie. On en peut dire autant de la *procédure*, qui trace la marche qu'on doit suivre lorsqu'on veut faire respecter son droit.

Qu'est-ce que le *droit écrit?*
Le *droit non écrit* ou *coutumier?*

13. — 6° En *droit écrit* et *droit coutumier* (ou *non écrit*). — Cette division ne se rattache pas au fait matériel de l'écriture. Une loi peut être *écrite*, bien qu'elle ne soit point constatée par l'écriture, et, réciproquement, *non écrite*, bien qu'un écrit la constate.

La loi *écrite* est celle qui a été proposée, discutée, acceptée expressément par le législateur et promulguée; peu importe qu'elle soit ou non constatée par écrit. La loi *non écrite* est celle qui s'est introduite *tacitement* par la coutume, c'est-à-dire par un usage généralement observé; peu importe que cette coutume soit ou ne soit pas constatée par écrit.

Ainsi, le droit *écrit* est celui qui résulte de la volonté *expresse* du législateur; le droit *non écrit* est celui qui résulte de sa volonté

(1) M. Val., *Sur Proud.*, t. I, p. 7.

(2) Que faut-il entendre par des *actes de commerce?* Voy. les art. 632 et suiv. du Code de commerce.

(3) M. Oudot, *Premiers essais*, p. 72.

tacite, manifestée par la tolérance qu'il accorde aux usages constants et généraux (1).

Cette distinction a joué un grand rôle dans notre ancienne jurisprudence. Nous verrons bientôt, en effet, que la France avait autrefois deux législations bien distinctes, le droit *non écrit* ou *coutumier*, dans le Nord, le droit *écrit*, dans le Midi. Mais aujourd'hui nous n'avons plus que des lois écrites. Les anciennes coutumes ont été abrogées; quant aux usages nouveaux, si persévérants, si généraux qu'ils soient, ils n'acquièrent point force de loi. Les juges ne peuvent appuyer sur eux leurs décisions que dans les cas spéciaux où la loi écrite s'y réfère expressément (voy. les art. 590, 593, 663, 671, 1135, etc.). Je reviendrai sur ce point, lorsque je traiterai de l'abrogation de la loi (voy. le nº 94, 2º).

Cette distinction n'a t-elle pas joué un grand rôle dans notre ancienne jurisprudence?
Est-elle encore utile aujourd'hui?
L'usage peut-il servir de motif aux décisions judiciaires?

CHAPITRE II. — DES SOURCES DU DROIT FRANÇAIS. — HISTORIQUE DES POUVOIRS LÉGISLATIFS. — CONFECTION DU CODE CIVIL.

14. — Notre droit français se divise historiquement en trois parties :

La première comprend tous les actes législatifs, Ordonnances, Coutumes et arrêts de règlement, qui ont existé depuis le commencement de la monarchie jusqu'au 17 juin 1789, époque de la *Déclaration* de l'Assemblée nationale : c'est le *droit ancien;*

La seconde, toutes les lois qui ont été rendues depuis le 17 juin 1789 jusqu'à la promulgation des différents Titres composant le Code civil : c'est le *droit intermédiaire;*

La troisième, nos cinq Codes (Codes civil, de procédure, de commerce, pénal et d'instruction criminelle) et toutes les lois postérieures : c'est le *droit nouveau*.

Comment divise-t-on historiquement notre droit français?
Qu'est-ce que *l'ancien droit*
Le *droit intermédiaire?*
Le *droit nouveau?*

§ Ier. — *Droit ancien.*

L'ancienne France est régie par trois législations différentes : les ordonnances royales, les coutumes, le droit romain (2).

15. — I. Des ordonnances. — Le terme *ordonnance* vient du latin *ordinare*, qui signifie *ordonner*, c'est-à-dire arranger quelque

Quelle était la législation de la France avant le 17 juin 1789?
Etait-elle uniforme comme aujourd'hui?
Qu'est-ce qu'une *ordonnance?*

(1) *Constat jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto... Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit : nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.* Institutes de Justinien, §§ 3 et 9 *De jure natur., gent et civ.* (I, II)..

(2) Les lois de l'Église, dont quelques-unes étaient observées en France, formaient une quatrième espèce de droit, connue sous le nom de *droit canonique*. Ce droit, pris dans son sens général, est un ensemble de préceptes tirés de l'Écriture sainte, des conciles, des décrets ou constitutions des papes, et enfin des sentiments des Pères de l'Eglise. Il a principalement pour objet d'établir la discipline de l'Eglise et la règle de sa foi. On l'appelle *canonique*, du mot *canon* qui signifie *règle*.

chose, y mettre l'*ordre;* et, en effet, les lois, par leurs dispositions, mettent l'ordre dans la société. Du latin *ordinare* on a fait *ordinatio*, d'où l'on a formé le terme français d'*ordenances* ou *ordonnances*. Quoique, dans l'origine, ce terme ne signifiât qu'*arrangement* ou *ordre*, néanmoins, comme ces arrangements ou dispositions émanent d'une autorité souveraine, on a fini par attacher au mot *ordonnance* l'idée d'une loi *impérative :* les ordonnances sont donc des commandements ou ordres que le roi donne à ses sujets.

Comment divise-t-on les ordonnances?

On les divise en *ordonnances proprement dites* (1), *édits*, *déclarations* et *lettres patentes*.

Bien que ces dénominations soient souvent employées l'une pour l'autre, elles expriment cependant des idées différentes.

Les *ordonnances proprement dites* embrassent ordinairement *plusieurs matières*, ou du moins contiennent des règlements *généraux*.

Les *édits*, au contraire, ne sont que des règlements sur un point *spécial*.

Les *déclarations* sont, en général, données soit pour interpréter les édits et ordonnances, soit pour en étendre ou en restreindre les dispositions.

Les *lettres patentes* sont les actes par lesquels le roi concède un privilége ou ordonne aux tribunaux l'exécution d'un arrêt du Conseil d'État. On les appelle *patentes*, parce qu'à la différence des lettres *de cachet*, qui sont *closes*, celles-ci sont *ouvertes*.

16. — Les ordonnances, édits et déclarations ont cela de commun, qu'ils émanent tous de la volonté du roi. Mais la volonté royale suffit-elle pour leur donner force obligatoire?

Il nous faut, avant de répondre à cette question, dire quelques mots des *Etats généraux* et des *Parlements*.

Qu'était-ce que les *Etats généraux?*

17. — Les *États généraux* sont des assemblées composées des députés choisis parmi les trois ordres reconnus dans l'État : la noblesse, le clergé et le tiers-état.

Pourquoi ces assemblées étaient-elles appelées *Etats?*
Pourquoi *Etats généraux?*

On les appelle *Etats* parce qu'elles représentent les différents *États* ou *ordres* de la nation; Etats *généraux* parce qu'elles représentent la nation entière, à la différence des États particuliers ou *provinciaux*, qui ne représentent qu'une province.

Les *États provinciaux* constituent un privilège particulier à certaines provinces appelées *pays d'États*. Ils s'assemblent tous les trois ans. On y discute l'impôt; on y fixe les sommes à payer au souverain.

Quelles étaient les attributions des Etats généraux?
Etaient-ils permanents?

Les *États généraux* forment le conseil public des rois. On y traite de la police publique, de la paix et de la réforme des lois,

(1) Sous les rois de la première et de la deuxième race, on les appelait *capitulaires*, parce qu'elles étaient divisées en chapitres, ou plutôt en articles, appelés *capitula*. Les capitulaires de Charlemagne forment un cours complet de législation politique, ecclésiastique, militaire, civile et économique.

des procès criminels des grands, et autres affaires majeures. Mais le roi, dont ils gênent l'autorité, ne les convoque qu'à de rares intervalles et dans des circonstances solennelles.

Quelques historiens ont très improprement qualifié d'*États généraux* les assemblées de la nation qui, sous les rois de la première race, se tenaient en plein *champ* le premier jour de *mars*, et, plus tard, le 1er *mai*, d'où elles furent appelées *Champs de mars* ou *de mai*, et qui prirent, sous le règne de Pépin, le nom de *Parlements*.

Ne faut-il pas les distinguer des anciennes assemblées connues sous le nom de *Champs de mars* ou *de mai*, et qui, sous Pépin, prirent le nom de *Parlements*?

Les anciens Parlements, dont celui de Paris et tous les autres tirent leur origine, ne sont point des *États généraux* proprement dits. Composés d'abord des nobles de la nation, ils furent ensuite réduits aux grands du royaume et aux magistrats qui leur furent associés. Le clergé ne formait pas encore un ordre à part; les prélats ne furent admis qu'en qualité de grands vassaux de la couronne. Quant au *tiers-état*, on ne le connaissait pas alors : les *serfs*, d'où il est sorti en grande partie, n'avaient aucune part aux affaires du royaume. Il ne commença à se former que sous Louis le Gros, par l'affranchissement des serfs, qui devinrent ainsi bourgeois du roi et des seigneurs, qui les avaient affranchis.

Devenu libre, le peuple voulut avoir part au gouvernement de l'Etat. Les rois, afin de balancer le crédit des autres ordres, devenus trop puissants, l'élevèrent peu à peu en l'admettant aux charges. Il n'y eut cependant pas, jusqu'au temps de Philippe le Bel, d'autres assemblées que celles dont je viens de parler.

Philippe le Bel, fort embarrassé dans ses démêlés avec le pape Boniface VIII, eut besoin du peuple : il chercha à se l'attacher, en l'admettant à l'assemblée qu'il convoqua le 23 mars 1301. C'est donc lui qui le premier a convoqué de véritables *États généraux*, c'est-à-dire des assemblées composées des trois ordres reconnus dans l'État (1). Ils furent convoqués pour la dernière fois, le 5 mai 1789, plus de cent soixante-quinze ans après la précédente assemblée, qui eut lieu en 1614 (2).

Quel est le roi qui, le premier, a convoqué des Etats généraux proprement dits?
A quelle époque a eu lieu leur dernière convocation?

18. — Les *Parlements* (3) sont des cours souveraines et permanentes, composées d'ecclésiastiques et de laïques, établies pour

Qu'était-ce que les *Parlements*?

(1) Les représentants du tiers-état, relégués dans un coin de la salle, ne pouvaient exprimer leurs plaintes qu'à genoux, tandis que les deux premiers ordres se tenaient debout autour du trône. C'est à peine aujourd'hui si notre esprit peut comprendre ces distinctions.

(2) En 1651, Louis XIV ordonna la convocation des Etats généraux; mais cette assemblée n'eut pas lieu. Elle avait été demandée par les puissances alors en guerre avec la France. Leur manifeste contient ces paroles remarquables : « Le pouvoir *despotique* est la source des guerres interminables de la France, et, tant que le roi sera le maître absolu, il sera insatiable de conquêtes; mille revers ne l'étonneront pas. » Louis XIV répondit : « Les Français ont oublié qu'il y a eu des Etats généraux dans leur monarchie, et il y aurait imprudence à les en faire souvenir. »

(3) Mot dérivé, avec contraction, de *parabolamentum*, *colloque* ou *pourparler*.

rendre la justice en dernier ressort au nom du roi, en vertu de son autorité et comme s'il était présent.

Combien y en avait-il?

On en compte douze dans le royaume. Celui de Paris est le plus ancien. On l'appelle indifféremment *la Cour du roi, la Cour de France, la Cour des pairs.* C'est lui qu'on entend désigner lorsqu'on dit *le Parlement*, sans aucune autre indication.

Quelles étaient leurs attributions?

Le roi le préside quelquefois. On y enregistre les édits ou ordonnances; on y juge les grands vassaux; on y débat les grandes affaires.

A qui appartenait autrefois le pouvoir législatif?

19. — Cela posé, revenons à la question que nous avons laissée de côté : à qui appartient le pouvoir législatif?

Il n'est pas douteux qu'il n'appartienne au roi et aux États généraux, lorsqu'ils sont assemblés. Les décisions des États, sanctionnées, c'est-à-dire acceptées et ratifiées par le roi, font loi dans tout le royaume : ***Lex fit consensu populi et constitutione regis.***

Qui faisait la loi en l'absence des Etats généraux?

Mais les États généraux ne sont point permanents; le roi, qui les redoute, ne les assemble qu'à de longs intervalles. De là cette question : en l'absence des États généraux, qui fait la loi ?

Le pouvoir législatif appartenait-il au roi seul, ou au roi réuni aux Parlements?

Si nous ne consultions que les termes des ordonnances, édits et déclarations, nous répondrions : Le roi, le roi tout seul ! Tous les actes législatifs contiennent, en effet, après un préambule ou exposé des motifs, cette formule souveraine : « ***A ces causes, de l'avis de notre Conseil, et de notre pleine autorité.*** » La formule non moins absolue qui les termine, le fameux : ***Tel est notre bon plaisir***, montre mieux encore que le pouvoir du roi n'admet pas de contrôle : « Si veut le roi, si veut la loi, » disent les vieux auteurs.

Cela n'allait pas tout seul, cependant. A tort ou à raison, les Parlements, auxquels appartenait le droit d'enregistrer les édits et les ordonnances du roi, prétendaient que ce droit emportait pour eux la faculté de lui faire des remontrances, de discuter et contrôler ses ordonnances, de les modifier et même d'en suspendre ou d'en refuser l'exécution. Ils partaient de cette idée : « Les États généraux ont, avec le roi, le pouvoir législatif; or, en leur absence, les Parlements en tiennent lieu. » De là le titre d'États généraux ***au petit pied*** qui leur fut donné.

Ainsi, l'enregistrement des ordonnances du roi ne fut pas considéré comme une simple formalité; il devint un élément de la loi, une forme essentielle de la législation. Les Parlements refusaient-ils unanimement l'enregistrement d'une ordonnance : la volonté du roi n'avait pas force de loi. L'enregistraient-ils unanimement : elle était universelle et obligatoire dans tout le royaume. Enregistrée par quelques-uns d'eux seulement, elle était obligatoire dans le ressort des Parlements qui l'avaient acceptée, et non avenue partout ailleurs.

Qu'était-ce que les *lettres de jussion?* Les *lits de justice?*

La royauté contesta souvent, ainsi que l'attestent les lettres de *jussion* et les *lits de justice*, ce pouvoir des Parlements. Lorsqu'ils refusaient d'enregistrer les ordonnances qui leur étaient présen-

tées, le roi ne se rendait pas toujours aux remontrances qui lui étaient faites. Y avait-il égard, il retirait son ordonnance; persistait-il, il envoyait au Parlement des *lettres de jussion* portant *ordre d'enregistrer*. En cas de résistance, le roi se rendait au Parlement et y tenait un *lit de justice* (1), c'est-à-dire une séance solennelle qu'il présidait lui-même : il exigeait alors l'enregistrement qu'il avait sollicité, et, comme il était accompagné de la force armée, le Parlement cédait presque toujours. S'il persistait dans ses remontrances, s'il refusait d'exécuter l'ordonnance qui lui avait été présentée, on l'exilait, et il finissait par se soumettre.

Qu'entendait-on par *arrêts de règlement*?

19 *bis*. — Les Parlements jugeaient quelquefois par voie de disposition *réglementaire et générale*, en rendant des arrêts qui faisaient pour l'avenir loi dans tout le ressort, tant qu'ils n'étaient pas cassés par le roi, en son Conseil. Ces arrêts étaient rendus en séances solennelles. On les appelait arrêts de *règlement*, parce que, contenant la déclaration que le Parlement jugerait désormais dans le même sens les questions semblables à celle sur laquelle il venait de statuer, il *réglait l'avenir*. On peut les comparer aux édits que les Préteurs romains publiaient en entrant en charge, et par lesquels ils modifiaient le droit établi. Ce sont de véritables *lois;* mais, comme chaque Parlement n'avait d'autorité que dans sa province, ses arrêts de règlement n'avaient en dehors de son ressort aucune force obligatoire (2).

Quelles sont, parmi les ordonnances, les plus remarquables, celles qui furent enregistrées par les douze Parlements, et qui par conséquent étaient obligatoires dans toute la France?

20. — Parmi les ordonnances royales qui furent enregistrées par tous les Parlements, et qui, en conséquence, devinrent obligatoires dans toute la France, je citerai :

Sous Louis XIV, les ordonnances :

De 1667, *sur la procédure civile*. — Cette ordonnance peut servir à expliquer plusieurs dispositions de notre Code de procédure;

De 1669, *sur les eaux et forêts*. — Elle a été fondue dans notre Code forestier;

De 1670, *sur la procédure criminelle*. — Les rédacteurs de nos cinq Codes ne lui ont fait que de rares emprunts;

De 1673, *sur le commerce;*

De 1681, *sur la marine*. — Les ordonnances du commerce et de

(1) Ces expressions, prises dans leur sens littéral, signifient le trône où le roi était assis, lorsqu'il présidait le Parlement. Ce trône était composé d'un dais et de coussins; et, comme selon l'ancien langage un siège surmonté d'un dais se nommait un lit, on appela *lit de justice* le trône où le roi siégeait au Parlement. Cinq coussins formaient ce lit. Le roi était sur l'un; un autre lui tenait lieu de dossier; deux autres servaient de soutien aux bras du monarque; le cinquième était sous ses pieds. — Quelques personnes affirment plaisamment que les séances solennelles du Parlement présidées par le roi s'appelaient *lits de justice*, parce que la justice y dormait.

(2) Les arrêts de règlement avaient un avantage : en fixant le droit pour l'avenir, ils sauvaient aux parties les frais de l'appel. Mais ils offraient une anomalie fâcheuse, le spectacle d'un pouvoir à la fois *judiciaire* et *législatif*. Partout où cette confusion se rencontre, la liberté est compromise.

la marine ont été reproduites, en grande partie, dans notre Code de commerce.

Sous Louis XV, les ordonnances :

De 1731, *sur les donations;*

De 1735, *sur les testaments.* — Ces deux ordonnances ont servi de base au Titre *Des donations et testaments* dans notre Code civil; elles sont dues au chancelier d'Aguesseau;

De 1747, *sur les substitutions.*

Sous Louis XVI, les ordonnances :

De 1779, portant *abolition du servage et de la mainmorte*, pour les domaines du roi;

De 1780, consacrant *l'abolition de la question préparatoire.*

Quel droit suivait-on dans les cas que les ordonnances n'avaient pas prévus?
Quelle était, à cet égard, la division de la France?

21. — II. Des coutumes. — III. Du droit romain. — Les ordonnances, on le conçoit, ne contenaient pas le droit tout entier. Les points qu'elles réglaient étaient même peu nombreux. Quel autre droit suivait-on donc dans les cas qu'elles n'avaient pas prévus? Il faut à cet égard distinguer :

1° Les pays de *droit coutumier*, ou les provinces du Nord; 2° les pays de *droit écrit*, ou les provinces du Midi.

Quelle législation suivait-on dans le Nord?

Au Nord, c'est la coutume qui est la loi; c'est elle qui forme le droit commun. S'il se trouve quelque cas qu'elle n'ait pas prévu, mais qui se rattache aux matières qu'elle a réglées, on le juge par la coutume voisine, ou par l'esprit général du droit coutumier; que si ce cas, sur lequel la coutume est muette, est complètement étranger aux matières qui font l'objet du droit coutumier, on le juge d'après les règles du droit naturel, et, comme ces règles abondent dans le droit romain, on y peut recourir et le consulter comme *raison écrite*. Ce n'est pas alors une *loi*, une *règle civilement obligatoire*, qu'on invoque; la loi romaine n'a d'autorité que celle qu'elle emprunte elle-même à l'équité naturelle : les juges ne sont donc pas obligés de s'y soumettre (1).

Dans le Midi?

Au Midi, au contraire, le droit romain est observé comme coutume et y tient lieu de loi (2); il a la même autorité qu'ont les coutumes dans le Nord de la France. Lorsque la loi romaine est muette, on recourt alors à la coutume.

Qu'était-ce que *les coutumes?*
Comment les divise-t-on?

Les *coutumes* sont des lois qui dans l'origine n'ont pas été écrites, mais qui se sont établies par le consentement tacite du peuple, c'est-à-dire par l'usage universel et persévérant qu'on en a fait.

Elles sont *générales* ou *spéciales*. Les premières s'observent dans une province entière. On en compte environ soixante. Les secondes sont propres à un bailliage, à une paroisse, à une ville. Le

(1) Dans certaines provinces, cependant, le droit romain, à défaut de la coutume, a force de loi.

(2) Il faut ici entendre par *droit romain*, non pas la loi romaine dans sa pureté primitive, mais le droit romain du Bas-Empire, avec les modifications que lui avaient fait subir les usages locaux et la jurisprudence des Parlements.

nombre n'en est pas bien connu : selon Ferrière, il y en aurait eu plus de trois cents.

« Cette diversité de coutumes, dit l'abbé Fleury, devint fort embarrassante lorsque les provinces furent réunies sous l'obéissance du roi et que les appellations au Parlement devinrent fréquentes : car, comme les juges d'appel ne pouvaient pas savoir toutes les coutumes particulières, et qu'elles n'étaient point écrites en forme authentique, il fallait ou que les parties en convinssent ou qu'elles en fissent preuve par témoins ; de sorte que toutes les questions de droit se réduisaient en faits, sur lesquels il fallait faire des enquêtes par *turbes* (1), fort incommodes pour la dépense et pour la longueur. De plus, ces enquêtes n'étaient pas un moyen sûr de savoir la véritable coutume, puisqu'elles dépendaient de la diligence ou du pouvoir des parties, de l'expérience et de la bonne foi des témoins. Ainsi, il se trouvait quelquefois preuve égale de deux coutumes directement opposées, dans un même lieu, sur un même sujet. On peut juger combien cette commodité de se faire un droit tel qu'on en avait besoin faisait entretenir de faux témoins, et combien l'étude de la jurisprudence était ingrate..... » (2).

La diversité des coutumes n'avait-elle pas un danger?
Comment prouvait-on les coutumes?

L'écriture était le seul moyen de fixer les coutumes et de les rendre certaines, malgré leur diversité. On jugea donc nécessaire de les consigner dans des écrits authentiques et solennellement rédigés. Le dessein en fut formé sous Charles VII, qui ordonna que toutes les coutumes seraient écrites et accordées par les praticiens de chaque pays, puis examinées par le grand Conseil et le Parlement. Cette rédaction fut lente et difficile ; elle ne fut achevée que plus de cent ans après la mort de Charles VII.

Comment fit-on cesser l'abus des enquêtes *par turbes?*
Quel est le roi qui ordonna la rédaction des coutumes?
Quand fut-elle achevée?

On pourrait croire qu'à partir de cette époque les coutumes tirèrent leur autorité de la volonté des rois qui en ordonnèrent ou en firent la rédaction. Mais l'histoire de notre droit nous apprend qu'on ne les rédigea pas dans un but d'innovation et afin de leur attirer une nouvelle force obligatoire ; on voulut simplement les rendre plus certaines en les confiant à l'écriture et mettre ainsi un terme aux scandaleux abus des enquêtes *par turbes.*

22. — En résumé, voici quelle était la législation de la France quand éclata la révolution de 1789. On comptait :

En résumé, quelle était la législation de la France quand éclata la révolution de 1789?

1° Des ordonnances royales, dont l'autorité était universelle dans tout le royaume, lorsqu'elles avaient été enregistrées par chacun des Parlements : elles formaient le droit commun de la France ;

2° Des ordonnances qui n'avaient de force obligatoire que dans

(1) Ainsi nommées, parce que des masses ou turbes de dix témoins étaient interrogées sur ce qu'elles croyaient être en usage. « Coutume se doit vérifier par deux turbes, dit Loisel, et chacune d'icelles par dix témoins » *(Institutes coutumières*, livre V, titre V, règle 13).

(2) *Institution au droit français par Claude-Fleury*, publiée par MM. Edouard Laboulaye et Rodolphe Dareste, t. I, p. 55. Spécialement en ce qui concerne les *enquêtes par turbe*, voy. le même ouvrage, t. II, p. 136.

le ressort du Parlement ou des Parlements qui les avaient enregistrées;

3° Des coutumes *générales*, c'est-à-dire obligatoires dans une province entière, et des coutumes *spéciales*, qui n'étaient observées que dans un bailliage, une paroisse, une ville;

4° Des arrêts de règlement (voy., ci-dessus, n° 19 *bis*);

5° Le droit romain, qui avait force de loi dans certains pays, et qui, dans d'autres, n'était observé que comme raison écrite.

L'État semblait n'être qu'une société de sociétés. La patrie était commune, les États distincts et séparés. Le territoire était un, et les nations diverses. Ce qui était permis dans une partie de la France était réprouvé dans une autre. Les règles ne se ressemblaient pas dans les province limitrophes; souvent elles différaient dans la même province, dans la même contrée.

§ 2. — *Droit intermédiaire.*

De quelles lois se compose le droit intermédiaire?

23. — Ce droit se compose des lois qui ont été faites par :

1° L'*Assemblée nationale* (du 5 mai 1789 au 30 septembre 1791);

2° L'*Assemblée législative* (du 1er octobre 1791 au 21 septembre 1792);

3° La *Convention* (du 21 septembre 1792 au 26 octobre 1795);

4° Les deux *Conseils* et le *Directoire* (du 26 octobre 1795 au 9 novembre 1799);

5° Le *Consulat* (1) (du 10 novembre 1799 au 18 mai 1804).

Combien la France a-t-elle eu de Constitutions pendant cette période?

Pendant cette période de notre législation, la France a eu quatre Constitutions, savoir :

1° La Constitution de 1791;

2° La Constitution de 1793 (elle ne fut jamais appliquée);

3° La Constitution de l'an III;

4° La Constitution de l'an VIII (c'est sous son empire qu'ont été faits nos cinq Codes).

Quelles sont les circonstances qui rendirent nécessaire la convocation des Etats généraux en 1789?

24. — I. Assemblée nationale. — Constitution de 1791. — Les prétentions rivales de la royauté et des Parlements amenèrent, dans les derniers temps de la monarchie, des hostilités aussi tenaces que passionnées de part et d'autre. Chacun des deux partis usa des armes qui lui étaient familières : les Parlements, des remontrances réitérées, des refus d'enregistrement; la royauté, des lettres de *jussion*, des *lits de justice*, et plusieurs fois même des lettres de cachet et d'exil. La lutte devint si vive, qu'un appel à la nation fut jugé nécessaire. Les Parlements eux-mêmes réclamèrent la convocation des Etats généraux. Le roi (Louis XVI), après quelques hésitations, finit par céder; il convoqua les Etats généraux par un édit du 23 septembre 1788.

(1) Parmi les lois du Consulat, les unes appartiennent au *droit intermédiaire*, les autres commencent le *droit nouveau*. Les premières sont celles qui ont précédé le Code civil, les secondes celles dont il se compose.

Le Parlement, en enregistrant cet édit de convocation, le fit sous la réserve expresse que les Etats seraient assemblés selon les formes observées en 1614 : ainsi, chaque ordre devait avoir un nombre égal de députés et voter séparément. Mais le roi, par une ordonnance du 27 décembre, décida que le tiers-état aurait des représentants en nombre égal aux représentants réunis des ordres du clergé et de la noblesse. Comment furent-ils composés?

Convoqués le 23 septembre 1788, les États généraux s'ouvrirent à Versailles, dans la salle des Menus-Plaisirs, le 5 mai 1789. La noblesse eut 285 représentants, le clergé 308, le tiers-état 629, c'est-à-dire plus de la moitié des représentants réunis (1). Où et quand s'ouvrirent-ils? Combien chacun des trois ordres eut-il de représentants?

Dès le premier jour, la lutte s'engage entre les trois ordres. Une question capitale est posée : les délibérations auront-elles lieu par *ordres* ou par *têtes ?* La noblesse et le clergé veulent que les députés des trois ordres forment trois assemblées distinctes et votent séparément. Le tiers-état demande, au contraire, qu'il n'y ait qu'une seule assemblée composée des trois ordres réunis. Comment les délibérations eurent-elles lieu?

Tout dépendait de la solution de cette question. Dans le premier système, la prépondérance appartenait aux ordres du clergé et de la noblesse sur le tiers-état, qui n'avait qu'une voix sur trois. Dans le second, au contraire, le tiers-état était plus fort ou au moins aussi fort que les deux ordres réunis du clergé et de la noblesse : car, ses députés étant aussi, et même, dans le fait, plus nombreux que ceux des deux autres ordres, il avait au moins une voix sur deux.

Le moment était décisif. Le tiers-état sut en profiter : il décida que la vérification des pouvoirs serait faite en *commun* par les trois ordres réunis. C'était résoudre la question pendante. La cour, qui le comprit, résista ; mais le tiers-état resta inébranlable. Il commença la vérification des pouvoirs tant des absents que des présents. Trois députés du clergé se réunirent alors à lui ; le lendemain il en arriva six autres.

La vérification des pouvoirs étant faite, le tiers-état se constitua en Assemblée nationale (2). Comment le tiers-état fut-il amené à se constituer en assemblée nationale?

Tant de fermeté effraya les ordres dissidents. Le clergé, à la majorité de 149 voix contre 115, décréta sa réunion au tiers-état. Le roi et la noblesse ne cédèrent point d'abord. Afin d'empêcher la réunion du clergé au tiers-état, on ferma, sous prétexte de réparations, la salle des Etats, et, quand les députés se présentèrent pour s'y réunir, on les repoussa par la force armée. Ils se rendirent alors au jeu de paume, où ils firent le serment solennel de ne se séparer qu'après avoir donné une constitution à la France.

On crut couper court à toute réunion en louant la salle du jeu

(1) L'abstention de quelques-uns des députés de la noblesse explique cette dérogation à ce qui avait été prescrit par l'ordonnance du 27 décembre.

(2) Elle reçut depuis (après qu'elle eut modifié sa Constitution) le nom de *Constituante*.

de paume; mais un moyen aussi puéril ne devait point réussir : les députés s'assemblèrent dans l'église Saint-Louis.

Le lendemain, le roi, suivi d'un appareil militaire formidable, se rendit en personne à l'Assemblée et ordonna aux députés de se séparer sur-le-champ. Une partie du clergé sortit avec le roi; le tiers-état resta en place. Ce fut alors que le grand-maître des cérémonies entra dans la salle et dit : « Vous avez entendu les ordres du roi ! » Tout le monde connaît la réponse de Mirabeau : « Allez dire à votre maître que nous sommes ici par la volonté du peuple et que nous ne sortirons que par la puissance des baïonnettes ! »

La cour eut peur et céda. Le 27 juin, les députés dissidents consentirent, sur l'avis même du roi, à se réunir au tiers-état.

Quels furent ses travaux?

25. — Composée d'hommes éminents par leurs talents et par leur caractère, cette illustre et courageuse assemblée a osé entreprendre et su accomplir les grandes réformes qui ont fondé notre nouvel ordre social. Sa gloire est impérissable. Si elle a tout détruit, elle a tout réédifié. Elle a passé le niveau de l'égalité partout où était le privilège. Après avoir aboli les Parlements, les dîmes et le régime féodal, les privilèges d'ordres, de prince, de ville, de communauté, la vénalité et l'hérédité des offices, la torture et les jurandes, elle rédigea une Déclaration des droits de l'homme et une Constitution qui fut acceptée par Louis XVI.

Nous lui devons la défense publique et libre des accusés, le droit de n'être pas soustrait à ses juges naturels, l'organisation judiciaire, l'institution de la justice de paix, l'adoucissement de la législation criminelle, l'égalité devant la loi, une nouvelle division du territoire en départements, l'unité et l'indivisibilité de la France.

C'est elle qui fixa l'état des citoyens, qui définit, distingua et limita les pouvoirs publics, le pouvoir *législatif* qui fait la loi, le pouvoir *judiciaire* qui l'applique, le pouvoir *exécutif* qui la fait exécuter.

Comment la loi se faisait-elle sous la constitution de 1791?

26. — L'organisation du pouvoir législatif est fort simple. L'Assemblée et le roi concourent à la confection de la loi. L'Assemblée a, tout à la fois, le droit de la proposer et le droit de la décréter, c'est-à-dire *l'initiative* et la *résolution*. La *sanction* appartient au roi. S'il approuve le décret que l'assemblée lui présente, la loi est complète. S'il refuse son consentement, le décret n'est pas par cela même anéanti; le *veto* (c'est ainsi qu'on appelait le refus du roi) n'est, en effet, que suspensif : lorsque les deux législatures qui suivent celle qui a présenté le décret l'ont successivement renouvelé dans les mêmes termes, le roi est censé avoir donné sa sanction.

Qu'était-ce que le *veto* du roi?

Le roi est tenu d'exprimer son consentement ou son refus sur chaque décret, dans les deux mois de sa présentation. Il exprime son consentement, sur le décret lui-même, par cette formule : « Le roi consent et fera exécuter; » son refus, par celle-ci : « Le roi examinera. » — Chef du pouvoir exécutif, c'est lui qui est

chargé de faire sceller les lois du sceau de l'État et de les faire *promulguer* (voy. le n° 52).Ce n'est pas un *droit* qu'il exerce, c'est un devoir qu'il accomplit.

27. — II. Assemblée législative. — L'Assemblée Constituante décida en se retirant qu'aucun de ses membres ne ferait partie de l'Assemblée qui devait être appelée conformément à la Constitution dont elle venait de doter la France. Cette nouvelle assemblée est connue sous le nom de *Législative.* Elle comença le 1er octobre 1791, et finit le 21 septembre 1792. Ses monuments législatifs sont peu nombreux. On peut citer d'elle les lois qui ont établi le divorce, aboli les substitutions, fixé à vingt et un ans la majorité et modifié sous divers rapports la puissance paternelle.

Qu'est-ce que l'*Assemblée législative?* Quand commença-t-elle A quelle époque finit-elle? Quelles lois principales lui devons-nous?

De graves événements s'accomplirent pendant sa durée. Ce fut à la suite de l'insurrection du 10 août qu'elle suspendit provisoirement le roi de ses fonctions; elle invita alors la nation à former une Convention nationale qui fût chargée d'assurer la souveraineté du peuple et le règne de la liberté.

28. — III. Convention. — Constitution de 1793. — Installée le 20 septembre 1792, la Convention décrétait, le 21, à l'unanimité, l'abolition de la royauté, et proclamait la République une et indivisible. — C'est elle qui substitua le calendrier républicain au calendrier grégorien (1), qui accorda aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, qui resserra dans des limites très étroites la faculté de disposer à titre gratuit, afin d'empêcher la concentration des richesses dans les mains de quelques familles, d'amener graduellement le nivellement des fortunes. Elle organisa, dans le même but, un système nouveau de succession (loi du 17 nivôse an II), que notre Code a reproduit, mais en lui faisant subir des modifications devenues nécessaires. Nous lui devons la loi du 9 messidor an III, qui ouvrit en France l'ère nouvelle du régime hypothécaire.

Qu'est-ce que la *Convention?* Quand commença-t-elle? Quelles lois lui devons-nous?

De même que la Constituante, elle fit une *déclaration des droits de l'homme.* Mais cette *déclaration* ne fut pas présentée à l'acceptation du peuple : aussi fut-elle plus tard déclarée nulle. Enfin, par sa Constitution dite de 1793, elle organisa, sur des bases toutes nouvelles, le pouvoir législatif. En voici la formule : L'*initiative* appartient à l'Assemblée; les projets qu'elle propose sont précédés d'un rapport. Quinze jours au moins après le rapport, elle arrête provisoirement la loi. La *sanction* appartient au peuple. Le projet arrêté par l'Assemblée est imprimé et envoyé à toutes les communes de la République, sous ce titre : *Loi proposée.* Quarante jours après l'envoi de la loi proposée, si dans la moitié des départements, plus un, le dixième des assemblées primaires de

Ne fit-elle pas une Constitution? Sous quel nom cette Constitution est-elle connue? Comment se faisait la loi sous la Constitution de 1793?

(1) Je dirai, sous le n° 40, les différences qui existent entre ces deux calendriers.

chacun d'eux n'a pas réclamé, le projet est accepté et devient loi.

S'il y a réclamation, on convoque les assemblées primaires. Les assemblées délibèrent alors sur la loi; les suffrages sont donnés par *oui* et par *non*. Le vœu de chaque assemblée est proclamé ainsi : Les citoyens réunis en assemblée primaire de..., au nombre de..., votent pour ou contre, à la majorité de...

Cette Constitution ne fut jamais mise en action.

Par quelle autre Constitution fut-elle remplacée?
Comment se faisait la loi sous la Constitution de l'an III?

29. — IV. Les deux Conseils et le Directoire. — Constitution de l'an III (22 août 1795). — La Convention abandonna sa Constitution du 24 juin 1793, et la remplaça par une autre, dite de l'an III, et précédée, comme ses devancières, d'une ***Déclaration des droits de l'homme.***

Cette Constitution établit :

Qu'était-ce que le *Corps législatif?*
Quel pouvoir avait-il?
Comment était-il divisé?

1° Un *Corps législatif,* auquel est confié le pouvoir *législatif;*

2° Un *Directoire*, auquel est délégué le pouvoir exécutif.

Le *Corps législatif* se divise en deux Chambres, l'une dite *des Cinq-Cents*, l'autre dite *des Anciens.*

Quelle attribution avait le conseil des *Cinq-Cents?*

Le *Conseil des Cinq-Cents* est invariablement fixé à ce nombre. *L'initiative* des lois lui appartient. Les propositions qu'il adopte s'appellent *résolutions;* mais il ne peut les prendre qu'après trois lectures successives et à dix jours d'intervalle.

Quelle attribution avait le conseil des *Anciens?*

Le *Conseil des Anciens* est composé de deux cent-cinquante membres, âgés de quarante ans au moins. La *sanction* des lois lui appartient; lui seul a le droit d'approuver ou de rejeter les résolutions du Conseil des Cinq-Cents. Mais il doit les rejeter intégralement ou les approuver dans leur entier : il ne lui est pas permis de les amender.

Qu'est-ce que le *Directoire?*
Comment était-il composé?
Quelles attributions avait-il?

Le *Directoire* est composé de cinq membres, âgés de quarante ans au moins, et nommés par les deux Conseils faisant alors fonction d'assemblée électorale au nom de la nation. Le Directoire a le pouvoir *exécutif;* c'est lui qui est chargé de sceller, publier, promulguer et faire exécuter les lois.

Ce mécanisme gouvernemental est on ne peut plus simple :

Il se compose du Conseil des Cinq-Cents, qui propose la loi;

Du Conseil des Anciens, qui la rejette ou la décrète;

D'un Directoire, qui la fait promulguer et exécuter quand elle a été décrétée.

Quelles lois principales ont été faites sous la Constitution de l'an III?

Nous lui devons la loi du 15 germinal an VI (4 avril 1798) *sur la contrainte par corps,* et la loi justement célèbre du 11 brumaire an VII (1er novembre 1798) *sur le régime hypothécaire.*

Quelle était l'organisation du pouvoir législatif, et comment se faisait la loi, sous le Consulat, c'est-à-dire sous la Constitution de l'an VIII?

30. — V. Consulat. — Constitution de l'an VIII. — Le 18 brumaire an VIII changea une fois encore la forme du gouvernement.

Le Directoire fut remplacé par une commission provisoire de trois consuls.

Les deux Conseils, le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq-Cents, créèrent, avant de se séparer, chacun une commission de

vingt-cinq membres, pour examiner et décider, sur la proposition des trois consuls, les objets urgents de police, de législation et de finances, et enfin pour préparer une Constitution.

Cette Constitution fut faite, en effet; elle est connue sous le nom de *Constitution de l'an* VIII. C'est sous son empire que fut fait le Code civil : il est donc indispensable d'en avoir une connaissance exacte.

N'est-ce pas sous l'empire de cette Constitution qu'a été fait le Code civil?

Elle établit :

1° Un *gouvernement*, composé de trois consuls (*Bonaparte, Cambacérès, Lebrun*), élus pour dix ans et ayant des pouvoirs très inégaux. Le premier promulgue la loi, nomme les ministres, les membres du Conseil d'État, les officiers, les juges, etc.; les deux autres n'ont qu'une voix consultative;

Comment était alors composé le gouvernement?

Quelles étaient ses attributions?

2° Un *Conseil d'État*, divisé en cinq sections : une de législation, une de l'intérieur, une des finances, une de la guerre, une de la marine. Il ne peut délibérer en assemblée générale que sur la convocation du premier consul, qui alors le préside.

Quels autres pouvoirs avaient été organisés?

3° Un *Tribunat*, composé de cent tribuns, âgés de vingt-cinq ans au moins;

4° Un *Corps législatif*, composé de trois cents membres, âgés de trente ans au moins;

5° Un *Sénat conservateur*, composé de quatre-vingts membres inamovibles et à vie, âgés de quarante ans au moins.

Chacun de ces cinq pouvoirs participe à la confection des lois.

Chacun de ces pouvoirs participait-il à la confection des lois?

Le *gouvernement* a *l'initiative* de la loi; lui seul a le droit de la proposer.

La proposition est portée au *Conseil d'État*. Celle de ses cinq sections, dans les attributions de laquelle rentre la proposition, l'étudie, la prépare, l'élabore, l'amende au besoin, et la rédige en articles.

Le projet, ainsi arrêté, retourne de nouveau au chef du gouvernement, qui peut encore le retirer ou le reproduire modifié.

S'il se décide à le transformer en loi, il le propose au *Corps législatif*.

Trois orateurs sont alors choisis parmi les membres du Conseil d'État, pour porter la parole devant le Corps législatif au nom du gouvernement et pour défendre le projet; le premier nommé en expose les motifs. Le Corps législatif, après avoir entendu les orateurs du gouvernement, et sans prendre aucune décision pour ou contre le projet, le communique *officiellement au Tribunat*.

Le *Tribunat* nomme, pour l'examiner et pour faire un rapport, une commission spéciale. Après le rapport, la discussion s'ouvre en assemblée générale. Aucun amendement ne peut être apporté au projet; le Tribunat n'a que le droit d'émettre un vœu pour ou contre. Le vœu qu'il émet est porté au Corps législatif, où il le fait défendre par trois membres qu'il désigne.

Le *Corps législatif* ne discute point le projet qui lui est soumis (c'est ce qui fait qu'on l'avait appelé *Corps des muets*); il ne lui est

pas permis de l'amender; il l'accepte ou il le rejette en entier.

Il ne peut se prononcer qu'après avoir entendu contradictoirement les trois orateurs du gouvernement et les trois membres du Tribunat.

Si le *Corps législatif* accepte, la loi est alors *décrétée;* mais elle n'est pas encore parfaite, obligatoire : le *Tribunat* ou le *gouvernement* peut, en effet, pendant dix jours, à compter du décret, le déférer au *Sénat conservateur,* qui peut l'annuler lorsqu'il le juge contraire à la Constitution (1).

Si le gouvernement et le Tribunat n'usent pas de cette faculté dans les dix jours qui leur sont donnés à cet effet, ou si le Sénat maintient le décret qui lui a été déféré, la loi est complète; mais elle n'est obligatoire qu'après qu'elle a été *promulguée.*

Le premier consul a le *droit* et le *devoir* de la promulguer. La promulgation ne peut être faite qu'après l'expiration du délai pendant lequel le décret du Corps législatif peut être déféré au Sénat conservateur pour cause d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire que le dixième jour à partir du décret. Cette règle a été constamment observée par le gouvernement. C'est ce qui explique pourquoi on trouve constamment un intervalle de dix jours entre le décret et la promulgation de chacun des différents Titres ou lois dont se compose notre Code.

— En résumé, le Conseil d'État, sur l'initiative et sous la direction du gouvernement, prépare le projet de loi et le rédige en articles;

Le Tribunat, après l'avoir discuté, émet un vœu pour ou contre;

Le Corps législatif, après avoir écouté les orateurs du Conseil d'État et ceux du Tribunat, vote pour ou contre, sans discussion et sans amendement;

Son décret peut être soumis au Sénat conservateur, qui a le droit de l'annuler lorsqu'il est inconstitutionnel;

Le premier consul est tenu de promulguer la loi dans les dix jours du décret.

2e Répétition.

§ 3. — *Droit nouveau. — Histoire du Code civil. Chartes de 1814 et de 1830. — Constitution de 1848.*

Quelle législation régissait la France avant 1789?

31. — I. Confection du Code civil. — On sait quel était l'état de notre législation avant 1789 (voy. le n° 21) : quelques lois générales, mais en petit nombre; le droit romain au Midi, des coutumes au Nord, et en si grand nombre que Voltaire put dire : « Lorsqu'un homme voyage en France, il change de lois presque autant qu'il change de chevaux. » Cette prodigieuse diversité des lois apportait un obstacle invincible à ce qui fait la force et la grandeur d'une nation, l'unité de l'État.

(1) L'histoire ne rapporte pas qu'il ait jamais usé de ce droit.

Les hommes les plus illustres dans la science, Dumoulin, Lamoignon, d'Aguesseau, esprits éminemment législatifs, conçurent, à différentes époques, le projet de refondre toutes ces coutumes et ordonnances en un seul Code qui eût fait le droit commun de la France. Mais le génie de ces grands jurisconsultes avait devancé leur siècle.

Quelques jurisconsultes n'eurent-ils pas l'idée d'un Code universel pour toute la France?

Louis XI, de son côté, avait entrepris de réaliser cette grande idée. Il voulait qu'il n'y eût, dans tout le royaume, qu'un seul *poids*, une seule *mesure*, une seule *loi;* mais la mort le surprit au milieu de ses efforts.

Le roi Louis XI n'eut-il pas la même idée?

La Révolution, en abolissant la féodalité, en proclamant l'unité de l'État et l'égalité devant la loi, brisa tous les obstacles; il devint alors possible de réaliser le vœu de tant de siècles.

La *Constituante* attacha une si grande importance à cette réforme de notre législation, qu'elle en fit l'objet d'un article de sa Constitution de 1791 : « Il sera fait, y est-il dit, un Code de lois civiles communes à tout le royaume. »

Cette idée ne fut-elle pas proclamée en principe par la Constituante?

L'*Assemblée législative,* préoccupée des graves événements qui l'agitèrent, ne put point réaliser le vœu de la Constituante; elle se borna à inviter, par une adresse, tous les citoyens et même les étrangers, à lui communiquer leurs vues sur la formation d'un nouveau Code.

Que firent, à cet égard, l'Assemblée législative et la Convention?

La *Convention,* à l'exemple de la *Constituante,* décréta qu'il serait fait un Code de lois civiles et criminelles *uniformes pour toute la France.* Elle fit plus : elle chargea son *comité de législation* de lui présenter, dans le délai d'un mois, un projet de Code civil.

Ce projet fut présenté, dans le délai indiqué, par Cambacérès. La Convention, après l'avoir discuté, le trouva trop peu en harmonie avec les idées philosophiques du temps. Un second projet, présenté par le même Cambacérès, fut à son tour rejeté : la Convention reconnut qu'il était trop concis et offrait plutôt une table des matières qu'un Code de lois civiles.

Par qui ont été présentés le premier et le deuxième projet du Code?
Pourquoi la Convention les rejeta-t-elle l'un et l'autre?

Sous le Directoire, le Conseil des Cinq-Cents nomma une commission chargée de préparer un nouveau projet. Ce fut encore Cambacérès qui le présenta. Les travaux préparatoires furent conduits avec beaucoup de promptitude. Déjà plusieurs Titres du Code civil étaient prêts, l'Assemblée était sur le point de les discuter; mais les événements des 18 et 19 brumaire ne lui en laissèrent pas le temps (1).

Que fit le Directoire?
Par qui fut présenté le troisième projet du Code?
Le Directoire put-il le discuter?

32. — C'est au Consulat qu'appartient l'honneur d'avoir doté la France d'un Code civil. Napoléon, à peine investi du pouvoir consulaire, songea à reprendre l'œuvre toujours commencée, mais toujours inachevée, de ses devanciers. Par un arrêté du 24 thermidor an VIII, il nomma une commission chargée d'étudier les travaux antérieurs et de rédiger un nouveau projet. Elle fut com-

A quel pouvoir devons-nous donc le Code?
Que fit Napoléon pour atteindre ce but?
Comment fut composée la commission à laquelle il confia le soin de présenter un nouveau projet?

(1) Le 30 frimaire an VIII, un quatrième projet fut présenté, par M. Jacqueminot, à la Commission du Conseil des Cinq-Cents, qui n'eut pas le temps de s'en occuper.

posée de MM. *Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis* et *Maleville* (1). Le même arrêté portait que MM. Tronchet, Bigot-Préameneu et Portalis assisteraient aux séances du Conseil d'Etat dans lesquelles auraient lieu les discussions relatives au Code.

Par qui ce projet fut-il présenté?

On se mit immédiatement à l'œuvre, et avec une ardeur telle que le travail fut terminé en moins de quatre mois. Un projet, précédé d'un discours de M. Portalis, fut présenté au gouvernement, qui en ordonna l'impression.

Que fit-on de ce projet avant de le soumettre à la discussion?

Le premier Consul, voulant s'entourer des lumières du pays, soumit le travail de la commission à l'appréciation du tribunal de cassation et de tous les tribunaux d'appel.

Les tribunaux l'examinèrent et firent des observations, qui furent imprimées par ordre du gouvernement; elles ont souvent servi, dans le Conseil d'État, de guide au législateur.

Le travail étant prêt, les voies préparées, la discussion commença aussitôt. Chacune des lois destinées à former l'un des Titres du Code civil fut discutée et décrétée séparément.

Quel ordre suivit-on dans cette discussion?

33. — Voici, en peu de mots, l'ordre qui fut suivi :

Le projet de la commission et les observations des tribunaux sont soumis par le gouvernement à l'une des sections du Conseil d'État, la section *de législation.*

Le projet qu'elle arrête est communiqué *officieusement* à l'une des sections du Tribunat, la section *de législation,* qui en délibère; elle consigne dans un procès-verbal ses observations et les amendements dont elle le croit susceptible.

Son procès-verbal est transmis au Conseil d'État. La section *de législation* examine les observations qui lui sont faites, les amendements qui lui sont proposés. Les adopte-t-elle, elle en fait le rapport à l'assemblée générale; les combat-elle, il s'engage entre elle et la section du Tribunat une discussion dans laquelle on tâche de s'entendre.

Dans l'un et l'autre cas, le Conseil d'État examine, en assemblée générale et sous la présidence de l'un des consuls, ordinairement le premier (2), les observations respectives de sa section *de législation* et de celle du Tribunat; après quoi il adopte une rédaction définitive.

Ce projet, ainsi combattu et arrêté, est porté au Corps législatif par trois orateurs pris parmi les membres du Conseil d'État et chargés d'en exposer les motifs au nom du gouvernement.

(1) M. Tronchet était président, M. Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement, et M. Maleville, juge, au tribunal de cassation; M. Portalis était commissaire du gouvernement au tribunal des prises. M. Maleville ne devait remplir que les fonctions de secrétaire de la commission.

(2) Napoléon, qui s'est élevé, on ne sait comment, jusqu'à l'intelligence des problèmes les plus ardus du droit et de la législation, prit souvent part aux discussions du Conseil. Il y déploya toujours une clarté, une méthode, et quelquefois une profondeur de vues, qui furent pour tout le monde un sujet d'étonnement.

Le Corps législatif, après avoir donné acte de la présentation du projet, le communique *officiellement* (1) au Tribunat.

Le projet revient au Corps législatif, où il est discuté par les orateurs que le Conseil d'État et le Tribunat ont désignés à cet effet; ce n'est qu'après les avoir entendus contradictoirement, mais sans prendre aucune part à la discussion, qu'il rend son décret d'adoption ou de rejet.

34. — Trente-six lois furent ainsi décrétées ***successivement l'une après l'autre, et promulguées au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées,*** dix jours après l'émission de chaque décret (voy., au n° 30, l'explic. de ce délai). Chacune d'elles fut insérée séparément dans un recueil officiel des lois françaises appelé *Bulletin des lois* (2).

Combien de lois furent ainsi décrétées? Ne le furent-elles pas successivement? Furent-elles promulguées au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées?

Lorsque l'œuvre fut achevée, une loi intervint, *la loi du* 30 *ven-*

Quelle est la loi qui

(1) Ainsi, le Tribunat recevait deux communications : l'une, *officieuse*, lui était faite par le gouvernement; l'autre, *officielle*, lui était faite par le Corps législatif. La première n'était pas usitée sous l'empire de la Constitution de l'an VIII. Voici ce qui y donna lieu. On sait que le projet arrêté au Conseil d'État était directement présenté au Corps législatif, qui le communiquait *officiellement* au Tribunat, lequel, après l'avoir discuté en assemblée générale, émettait un vœu pour ou contre. Le premier qui lui fut ainsi présenté fut repoussé, et le Corps législatif consacra son avis. Le second projet allait subir le même sort : le gouvernement sentit alors la nécessité de prendre une autre marche que celle qui avait été suivie jusque-là. Après avoir déterminé le Tribunat à se diviser en sections, il prit un arrêté par lequel il décida qu'avant de porter au Corps législatif le projet arrêté au Conseil d'État, il pourrait, s'il le jugeait convenable, le communiquer préalablement à la section du Tribunat que concernerait le projet. Cette communication préalable fut appelée *officieuse*. Le Tribunat faisait des observations, proposait des amendements; il en conférait avec le Conseil d'État, et on finissait toujours par s'entendre. Le Conseil d'État rédigeait ensuite le projet définitif, qui était porté au Corps législatif, lequel le communiquait au Tribunat. C'est cette dernière communication qui s'appelait *officielle*. Elle n'avait lieu, on le comprend, que pour la forme et par respect pour la Constitution.

Qu'était-ce que la communication *officieuse* et la communication *officielle* au Tribunat?

(2) Le *Bulletin des lois* est la collection officielle des lois qui ont été promulguées depuis le 22 prairial an II. Il comprend aujourd'hui douze séries, correspondant aux différents gouvernements de la France (Convention, Directoire, Consulat, premier Empire, première Restauration, les Cent-Jours, règne de Louis XVIII, règne de Charles X, règne de Louis-Philippe, République, deuxième Empire, République). Chaque série est divisée en bulletins ou cahiers; chaque cahier est divisé en numéros d'ordre qui indiquent la place où se trouve la loi, l'ordonnance ou le décret que l'on cherche. Ainsi, lorsqu'on veut indiquer l'endroit où se trouve dans le *Bulletin* telle ou telle loi, on indique la série, le bulletin et le numéro d'ordre. Chaque volume étant accompagné d'une table alphabétique des matières et d'une table chronologique des actes, la date seule de la loi suffit pour en faciliter la recherche.

Depuis la neuvième série (règne de Louis-Philippe), le *Bulletin* est divisé en deux parties : la première comprend les lois proprement dites; la seconde, les ordonnances ou les décrets.

Les lois sont présumées être telles qu'elles ont été inscrites au *Bulletin;* s'il se trouve quelque différence entre le texte officiel et les autres éditions, c'est au *Bulletin* qu'il faut s'arrêter, *comme étant seul obligatoire.* Toutefois, cette présomption n'est pas invincible : on est toujours admis à soutenir que l'édition du *Bulletin* n'est point conforme à la *minute originale;* mais cette preuve est à la charge de celui qui articule le fait.

les réunit en un seul corps?
N'est-ce pas ce corps de lois qu'on appelle aujourd'hui *Code civil?*
Quel nom lui donna-t-on d'abord?
Combien de lois comprend-il?
Comment ces lois sont-elles liées les unes aux autres?
Comment le Code est-il divisé?

tôse an XII, qui réunit en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français*, avec une même série d'articles, au nombre de 2281, les trente-six lois, qui composèrent autant de Titres particuliers, et qu'elle divisa en trois livres, précédés d'un Titre préliminaire.

Le Titre préliminaire ne comprend que six articles. Il trace des règles générales sur la publication, les effets et l'application des lois.

Le premier livre s'occupe *des personnes.* Il est composé de onze Titres (de l'art. 7 à l'art. 515).

Le second est relatif *aux biens et aux différentes modifications de la propriété.* Il comprend quatre Titres (de l'art. 516 à l'art. 710).

Le troisième traite *des différentes manières d'acquérir la propriété.* Il compte vingt Titres. En outre de ces vingt Titres, le troisième livre comprend, en tête du Titre premier, sept articles sous cette rubrique : *Dispositions générales.*

Les Titres sont divisés en chapitres, les chapitres en sections, et, dans certains cas, les sections en paragraphes. Mais, une même série d'articles les reliant les uns aux autres, on peut renvoyer à telle ou telle disposition du Code par une seule citation, celle de l'article qui en fait l'objet. Les indications eussent été beaucoup plus compliquées si, à l'imitation de certains corps de lois, chaque livre, chaque Titre, chaque section ou paragraphe avait eu une série de numéros qui lui fût propre. On eût été obligé alors de citer le livre, le Titre, le chapitre, la section, le paragraphe, et enfin l'article, ce qui eût été fort embarrassant (1).

Les différents Titres dont le Code se compose y ont-ils été insérés dans l'ordre de leurs dates respectives?

34 *bis.* — Ce serait se tromper que de croire que les différents Titres dont se compose le Code y ont été insérés suivant l'ordre de leurs dates respectives. Le classement en a été fait méthodiquement selon l'ordre des matières. Ainsi, des Titres ont été mis dans le second livre, bien qu'ils aient été décrétés et promulgués postérieurement à d'autres Titres qui figurent dans le troisième (comparez, par exemple, la date des deux premiers Titres du livre III avec celle des Titres dont se compose le livre II).

Quel est l'article qui a été décrété et promulgué le dernier?

Bien plus, l'article 530 renferme celle des dispositions du Code qui a été décrétée et promulguée la dernière : elle a été, en effet, décrétée par la loi organique du Code, la loi du 30 ventôse an XII.

Quelle est la date du Code, considéré comme corps de lois?

Remarquons enfin que chacune des trente-six lois du Code a reçu deux promulgations, l'une qui lui est propre et particulière, l'autre qui est commune à toutes. Elles ont été, en effet, décrétées séparément et promulguées au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées (voy. le n° 34); puis est venue la promulgation de la loi du 30 ventôse an XII, qui les réunit en un seul Code (2).

(1) Le *Digeste* est divisé en livres, les livres en Titres, les Titres en lois, les lois, du moins en général, en paragraphes précédés d'un *principium.* Chaque citation exige, en conséquence, l'indication du livre, du Titre, de la loi et du paragraphe.

(2) Elle est intitulée : *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de* CODE CIVIL DES FRANÇAIS.

Cette loi (la loi du 30 ventôse an XII) a été décrétée le 21 et promulguée le 31 mars 1804.

Ainsi le Code, considéré comme ensemble de lois, a été promulgué le 31 mars 1804. Mais ce n'est pas cette date qu'il faut considérer lorsqu'on veut savoir le moment précis à partir duquel chacune des lois qui le composent est devenue obligatoire : ce moment est déterminé par la date de la promulgation qui est propre à chacune d'elles (1).

Quelle est la date à laquelle on doit s'attacher lorsqu'on veut connaître le moment à partir duquel chacune des lois dont se compose le Code est devenue obligatoire?

35. — « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, dit l'article 7, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, *dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code.* »

Les anciennes ordonnances, les coutumes, les arrêts de règlement et le droit romain, ont-ils encore force de loi?

Leur abrogation est-elle complète, absolue?

Il résulte de là :

1° Que les anciennes lois n'ont aucune force obligatoire, lorsqu'elles ont pour objet des matières que le Code a lui-même réglées;

2° Qu'elles sont, au contraire, maintenues, lorsqu'elles statuent sur des matières que le Code n'a pas prévues et réglementées (2);

3° Que les lois intermédiaires, dont la loi organique du Code ne parle pas, sont maintenues quant à celles de leurs dispositions qui ne sont pas incompatibles avec les règles que le Code a introduites (3).

36. — II. Esprit du Code. — Ses rédacteurs ne se sont point posés en novateurs. Ils n'avaient pas à constituer une société absolument nouvelle, mais une vieille société à réformer en quelques points, à restaurer en beaucoup d'autres. Le Code n'a été pour eux qu'une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, entre l'ancienne jurisprudence et les doctrines nouvelles de la Révolution. Ils ont emprunté au droit romain, à nos coutumes, aux anciennes ordonnances, les maximes dont la sagesse et l'utilité pratique avaient été consacrées par un long usage et par l'autorité des hommes les plus éminents dans la science. Dumoulin, Domat et Pothier leur ont servi de guides. Mais il fallait assortir le vieux droit à une société qui avait cessé d'être aristocratique. La démocratie avait proclamé des règles nouvelles, dont il fallait tenir compte :

Dans quel esprit le Code a-t-il été conçu?

(1) Voy. l'art. 6 de la loi du 30 ventôse.

(2) Cette conséquence est déduite, par *à contrario,* du texte même de la loi. On la conteste cependant, et peut-être avec raison. Suivant la plupart des auteurs, le droit coutumier, et notamment le droit romain, sont abrogés d'une manière *absolue*, c'est-à-dire alors même qu'ils statuent sur des matières que le Code n'a pas prévues. Cela résulte, dit-on, de la discussion qui s'est engagée sur ce point, au Conseil d'État, entre MM. Cambacérès et Bigot-Préameneu (voy. Fenet, t. I, p. LXXXVI et suiv.). Dans ce système, la violation ou la fausse application des lois anciennes ne peut jamais donner ouverture à cassation. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 14; Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 36 et suiv.

(3) Voy. M. Laurent, t. I, p. 39.

Les Français sont égaux devant la loi, avait-on dit;

Il n'est point permis aux citoyens de faire des conventions dont l'effet serait de compromettre l'égalité devant la loi, en établissant d'une manière permanente l'inégalité des fortunes;

Le droit civil est indépendant des idées religieuses;

La liberté individuelle et l'inviolabilité de la propriété doivent être protégées.

A quelles sources a-t-il été puisé?

Les rédacteurs du Code se sont inspirés de ces principes. Ils en ont tiré des conséquences, mais en les tempérant quelquefois.

« Les codes se font avec le temps, dit Portalis; à proprement parler, on ne les fait pas. » Celui que nous avons est le produit du droit romain, de nos coutumes, des ordonnances de nos rois et des lois révolutionnaires (1).

37. — Ce n'est pas sans doute une œuvre irréprochable : tout ce qui sort de la main des hommes est imparfait! Mais, si l'on considère ce qu'était autrefois notre législation, le peu de temps qu'a duré ce travail (2) et les services qu'en a retirés la société moderne, personne assurément ne refusera de payer à ses auteurs un juste tribut d'admiration et de reconnaissance.

Qu'est-ce qu'un *Code?*

38. — III. Définition du Code civil. — Le mot *Code,* dans son acception la plus large, signifie recueil de lois dans un ordre méthodique.

Qu'est-ce que le *Code civil?*
Le mot *civil* n'a-t-il pas plusieurs sens?
En quel sens est-il employé ici?

Le Code civil est donc un recueil de lois. Le mot *civil* nous indique que les lois dont il se compose sont des lois *civiles*. Mais que faut-il entendre par *lois civiles?* La réponse n'est pas facile. Il n'y a pas, en effet, dans la science du droit, une autre expression qui soit plus amphibologique. Ce mot *civil*, a dit Bentham, est un

(1) Il faut donc, lorsqu'on veut reconnaître son esprit, et qu'en présence d'une disposition obscure et incomplète on recherche ce qu'a voulu ou ce que n'a pas voulu le législateur, remonter aux sources. Il est également nécessaire d'interroger, parmi les anciens auteurs, ceux qui ont servi de guide au législateur, et notamment Pothier, Domat et Dumoulin. On peut enfin consulter ce qu'on est convenu d'appeler *les travaux préparatoires du Code civil*, c'est-à-dire les projets de Cambacérès, de Jacqueminot et de la commission, les observations faites soit par les tribunaux d'appel et de cassation, soit par le Tribunat, les discussions du Conseil d'État, et enfin les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat devant le Corps législatif. Toutefois ces travaux n'ont pas une égale importance; il faut en user avec discernement et sous bénéfice d'inventaire. Les procès-verbaux du Conseil d'État et les observations du Tribunat sont d'un grand secours dans l'interprétation de la loi. C'est là que, prenant à sa naissance la pensée du législateur et la suivant dans son développement, on voit clairement ce qu'il a voulu et n'a pas voulu, et pourquoi il l'a voulu ou ne l'a pas voulu. En ce qui concerne les *exposés de motifs* faits par les orateurs du gouvernement et les *discours* des orateurs du Tribunat devant le Corps législatif, il faut bien se garder de les croire toujours sur parole; autrement on s'exposerait aux plus cruelles méprises. Ces discours ne sont, après tout, que l'opinion de leurs auteurs, et ne méritent, comme tels, d'autorité que celle d'un avis individuel; il est arrivé plus d'une fois que cet avis s'est trouvé être juste le contraire de la loi (Voy. M. Eschbach, *Introd. à l'étude du droit).*

(2) Commencé le 5 mars 1803, il a été terminé le 31 mars 1804. Cet immense travail a duré un an et vingt-six jours!

des plus insignes faux-fuyants qu'il y ait en jurisprudence. Multiple dans ses sens divers, il peut être considéré par opposition au *droit naturel,* au *droit des gens,* au *droit pénal,* au *droit commercial, militaire, ecclésiastique, politique* et *public.* La loi l'a évidemment employé par antithèse à l'un de ces droits. Mais avec lequel d'entre eux l'a-t-elle voulu mettre en opposition?

Ce n'est pas :

1° Avec le *droit naturel.* — Le droit qui est opposé habituellement au droit *naturel,* c'est le droit *positif.* Le droit positif est l'ensemble des lois promulguées : le Code civil serait donc, si on le prenait par antithèse au droit naturel, l'ensemble des lois promulguées. Or, notre Code ne contient que *trente-six lois,* et les lois promulguées qui nous régissent se comptent par milliers.

2° Avec le *droit des gens.* — Le droit des gens est l'ensemble des lois qui sont communes à tous les hommes sans distinction de pays. Si donc le mot *civil* était interprété par opposition à ce droit, les expressions *Code civil* signifieraient que les lois qui le composent sont propres aux Français et ne peuvent être invoquées que par eux. Or, d'une part, ses dispositions, sauf quelques exceptions fort rares, sont applicables aussi bien aux étrangers qu'aux Français; et, d'autre part, alors même qu'il serait le Code propre aux *Français,* l'expression *Code civil* serait encore inexacte : car elle ne le distinguerait pas des autres Codes, qui sont aussi des recueils de lois *françaises.*

3° Avec le *Code pénal.* — Si en effet, le mot *civil* était entendu en ce sens, le Code de commerce, les recueils de lois politiques ou publiques, seraient aussi des *Codes civils,* puisqu'ils font antithèse avec le droit pénal tout aussi bien que le Code qui a été spécialement appelé *civil.*

Restent deux antithèses. Le Code civil a pu, en effet, être opposé : 1° au droit politique et au droit public; 2° aux Codes spéciaux contenant les droits et les devoirs particuliers à certaines classes de citoyens, par exemple aux commerçants, aux militaires, aux ecclésiastiques.

Quoique cela ne soit pas rigoureusement démontré, il nous semble évident que les rédacteurs du Code ont eu en vue cette double antithèse, lorsqu'ils ont appelé *civil* le Code qu'ils nous ont donné.

Or, 1° le droit *civil,* opposé au droit *politique* et au droit *public,* est l'ensemble des lois qui régissent les intérêts *particuliers* dans leur lutte mutuelle. Le Code civil est donc le *Code du droit privé.* Dans son acception primitive, le droit civil (*jus civium*) était le droit des *citoyens;* mais, dans l'usage des peuples modernes, on prend les mots *droit civil* dans le sens de *droit privé* (voy. le n° 9) (1).

2° Le droit *civil,* opposé au droit *spécial* à certaines classes de

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 5; *Cours de Code civil*, Introduction, p. 5.

citoyens, par exemple aux commerçants, aux militaires, aux ecclésiastiques..., est le droit *général* ou *ordinaire*, celui qui est applicable toutes les fois que la loi n'y a pas dérogé par quelques dispositions spéciales.

Notre Code civil est donc le *Code du droit privé ordinaire*.

Mais remarquons :

Le Code civil ne comprend-il que des lois civiles?

D'une part, qu'il comprend, et c'est un des défauts qu'on lui reproche, des dispositions en dehors de son objet, dispositions dont quelques-unes tiennent plutôt aux droits politique, public et des gens, qu'au droit privé; que d'autres de ses dispositions trouveraient mieux leur place soit dans le Code de procédure, soit dans l'un de nos Codes spéciaux, et quelquefois même dans le Code pénal;

Comprend-il toutes nos lois civiles?

D'autre part, qu'il est loin de comprendre toutes les lois qui se rapportent à son objet : plusieurs lois, appartenant au droit privé, se rencontrent, en effet, soit dans les autres Codes, soit dans le *Bulletin des lois*.

On voit donc qu'il faut bien se garder de le définir, ainsi qu'on le fait quelquefois, le *Recueil des lois françaises*; il n'en contient que *trente-six*, et les lois dont se compose notre droit sont innombrables.

Je le définis : *la collection de trente-six lois qui, après avoir été successivement décrétées et promulguées sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, ont été méthodiquement réunies par le législateur lui-même en un seul corps destiné à former notre droit privé et ordinaire.* — Ou, plus simplement encore : *la collection de trente-six lois privées, ayant principalement pour objet l'organisation de la famille et de la propriété* (1). (Le mot *propriété* est pris ici dans un sens très général.)

Le Code est-il aujourd'hui ce qu'il était à son origine? N'a-t-il pas subi des modifications? N'a-t-il pas eu plusieurs éditions officielles?

39. — IV. Des nouvelles éditions du Code civil, et des modifications qu'il a subies. — Il est de la nature du droit positif d'être soumis aux accidents et de varier avec l'esprit de chaque époque. Notre Code n'a pas échappé à cette loi commune. Proclamé immortel par ses rédacteurs enthousiasmés, il n'a duré, dans son intégralité, que trois ans au plus !

(1) M. Chazal l'a défini, au Tribunat : *le recueil des lois qui règlent nos rapports de famille et ceux des particuliers entre eux* (voy. Fenet, t. VI, p. 69). M. Oudot le définit également : *la réunion de deux Codes, savoir : le Code du droit de famille et le Code du droit privé.*

— Le droit *privé* règle les rapports des particuliers entre eux. Le droit *de famille* règle également des rapports de particulier à particulier : il rentre donc dans le droit privé (M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 7).

M. Oudot, au contraire, veut qu'on distingue le droit *de famille* du droit *privé* proprement dit. Le premier, dit-il, établit le rapport d'obéissance entre les membres d'une même famille; il a pour objet la direction des actions d'autrui. Le second règle les rapports mutuels de sacrifices entre les intérêts individuels; il a pour objet la satisfaction exclusive de l'intérêt personnel. C'est donc à tort qu'on a réuni sous une même dénomination deux Codes si différents dans leur objet.

— A peine fut-il promulgué, que la Constitution sous l'empire de laquelle il avait été fait, fut remplacée par une autre. Napoléon, d'abord consul à temps, ensuite consul à vie, voulut être empereur. Ce titre lui fut déféré par un sénatusconsulte du 18 mai 1804.

A quelle époque eut lieu sa seconde édition ? Quels changements lui fit-elle subir?

Il fallut d'abord accommoder les formules du Code à ce nouvel état de choses. Une nouvelle édition fut, à cet effet, décrétée par le Corps législatif, le 3 septembre 1807. Son titre (*Code civil des Français*) fut abandonné. Napoléon, qui le considérait comme le plus beau monument de sa gloire, voulut y attacher son nom : on l'appela *Code Napoléon*.

Son désir fut d'être roi, sous le titre d'empereur : toutes les formes de l'ancienne monarchie furent rétablies. Les expressions qui rappelaient la République sonnaient mal à son oreille : elles furent remplacées par des expressions nouvelles, en harmonie avec le régime nouveau; les dénominations *Empereur, Empire, État,* furent substituées à celles de *Premier Consul, Gouvernement, République, Nation* (1).

Le tribunal de cassation, les tribunaux d'appel, furent nommés *Cour* de cassation, *Cours* d'appel. Les *Commissaires* du gouvernement près les tribunaux furent appelés *Procureur général* près la Cour d'appel, *Procureur impérial* près le tribunal de première instance. Les armées et vaisseaux *de la République* prirent le nom d'armées et vaisseaux *de l'Empereur*. Les *républicoles* devinrent *sujets* de l'Empire (voy. l'explic. de l'art. 980).

40. — Le calendrier *républicain* (2) était incompatible avec

(1) On remplaça, dans l'art. 539, le mot *nation* par les mots *domaine public*. Ce changement dans les mots a compromis le sens de la loi : les mots *domaine public* et *nation* expriment, en effet, des idées différentes (voy. l'explic. de cet article).

(2) La Convention abolit le calendrier *grégorien* par un décret du 24 novembre 1793.

Elle lui substitua le calendrier *républicain*, établi sur des bases entièrement nouvelles et en harmonie avec le système décimal auquel on s'efforçait de tout ramener.

Ce calendrier commença le 22 septembre 1792 de l'ère vulgaire, date de l'établissement de la République.

Ainsi que le calendrier grégorien, il se compose de douze mois ; mais chacun de ces mois comprend un nombre égal de 30 jours.

Ces douze mois sont suivis de cinq jours (six dans les années bissextiles), appelés *jours complémentaires*, parce qu'ils complètent l'année. Dans le calendrier grégorien, cette addition de jours complémentaires est inutile, puisqu'ils se trouvent répartis dans le courant de l'année, les mois se composant alors de trente, trente et un, vingt-huit ou vingt-neuf jours, selon que les années sont bissextiles ou non.

Les mois sont partagés en trois *décades*, composées de dix jours chacune. Chaque jour est divisé en dix heures, comprenant chacune dix parties. Chacune de ces parties est divisée en dix autres, et ainsi de suite, jusqu'à la plus petite fraction de la durée.

— Correspondance des mois du calendrier républicain avec ceux du calendrier grégorien :

1er Vendémiaire	22 septembre.
1er Brumaire.	22 octobre.

l'existence légale du culte catholique qui venait d'être rétabli; on le remplaça par le calendrier *grégorien*. Ce retour au calendrier grégorien amena la suppression de l'article 2261, où il était dit que, dans les prescriptions qui se comptent par jours, les jours complémentaires sont comptés, et que, dans celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires. Mais, afin de ne pas changer le numérotage des articles, on en fitdeux de l'article 2260.

A quelle époque eut lieu sa troisième édition? Quels changements lui fit-elle subir?

41. — Le rétablissement de la royauté, en 1814, amena une troisième édition du Code; elle eut lieu le 17 juillet 1816. Les déno-

1er Frimaire	21 novembre.
1er Nivôse	21 décembre.
1er Pluviôse	20 janvier.
1er Ventôse	20 février.
1er Germinal	22 mars.
1er Floréal	21 avril.
1er Prairial	21 mai.
1er Messidor	20 juin.
1er Thermidor	20 juillet.
1er Fructidor	19 août.

Le 30 fructidor tombe le 17 septembre : il y a alors cinq jours complémentaires, et six dans les années bissextiles.

Lorsqu'une année est bissextile, les six premiers mois ne subissent aucune altération; les six autres commencent un jour plus tôt.

Ainsi :

1er Germinal	21 mars.
1er Floréal	20 avril.
1er Prairial	20 mai.
1er Messidor	19 juin
1er Thermidor	19 juillet.
1er Fructidor	18 août.

L'ère républicaine ayant commencé le 22 septembre 1792, il suffit, lorsqu'on veut connaître l'année correspondante du calendrier grégorien, d'ajouter à l'année 1792 le chiffre de l'année républicaine cherchée. Soit l'an VI de la République :

Année première de la République	1792
	6
	1798

1798 est l'année demandée. Ainsi, les années 1, 2, 3, 4..., 12, de la République correspondent aux années 1793, 1794, 1795, 1796..., 1804 du calendrier grégorien.

— La concordance des jours des deux calendriers est facile à trouver. Chaque mois républicain est à cheval sur deux mois grégoriens. Ainsi, le mois de vendémiaire commence le 22 septembre et finit le 21 octobre; il se compose, par conséquent, de neuf jours pris sur le mois de septembre et de vingt et un pris sur le mois d'octobre.

Les 2, 3, 4, 5..., 9, du mois de vendémiaire, correspondent donc aux 23, 24, 25, 26..., 30, du mois de septembre. Les 10, 11, 12..., 30, du mois de vendémiaire, font les 1er 2, 3..., 21, du mois d'octobre.

— Le calendrier républicain a duré treize ans et cent jours, du 22 septembre 1792 au 1er janvier 1806.

minations impériales furent remplacées par de nouvelles dénominations, conformes au nouveau gouvernement établi par la Charte. Les armées et les vaisseaux de *l'empereur* passèrent au *roi;* les tribunaux d'appel furent appelés *Cours royales;* les *républicoles,* transformés d'abord en *sujets de l'empereur,* devinrent *sujets du roi.*

Plusieurs dispositions du Code n'ont-elles pas été changées ou abrogées par des lois postérieures?

Quelles sont les principales de ces lois?

— Les modifications dont nous avons parlé jusqu'ici ne portent guère que sur la forme du Code. Il en est d'autres qui s'appliquent aux dispositions mêmes; elles sont fort nombreuses. Je citerai, parmi les plus importantes :

1° La suppression (en 1807) du troisième paragraphe de l'article 17. — Suivant cette disposition, la qualité de Français se perdait par l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigeait *des distinctions de naissance.*

2° L'addition (également en 1807) d'un nouveau paragraphe à l'article 896. — Cette disposition eut pour objet de permettre l'établissement des *majorats* (voy. l'explic. de cet article) (1).

3° La modification de l'article 2166 par l'article 834 du Code de procédure (2).

4° La *fixation du taux de l'intérêt.* — On pouvait, selon le Code, prêter à quelque taux que ce fût. La loi du 3 septembre 1807 limita l'intérêt à 5 p. 100 en matière civile, à 6 p. 100 en matière commerciale.

5° *L'abolition du divorce,* par la loi du 8 mai 1816.

6° La loi du 14 juillet 1819, qui a modifié les articles 11, 726 et 912.

7° La loi du 17 mai 1826, qui rétablit, du moins en grande partie, les *substitutions* qu'avait prohibées l'article 896 (3).

8° La loi du 21 mars 1832 *sur le recrutement* (4). — Aux termes de l'article 374 de notre Code, un enfant pouvait, à dix-huit ans révolus, s'enrôler sans le consentement de son père; il ne le peut aujourd'hui qu'à l'âge de vingt ans.

9° La loi du 7 avril 1832, qui a permis le *mariage entre beau-frère et belle-sœur,* sous la condition d'obtenir une dispense du gouvernement.

10° La loi du 20 mai 1838 *sur les vices rédhibitoires.* Elle a principalement eu pour objet de modifier les articles 1644 et 1648.

11° La loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés.* Elle règle la condition des personnes qui, n'étant pas interdites, sont placées dans une maison d'aliénés.

12° Les lois du 17 mai 1832 et du 13 décembre 1848 qui ont

(1 Cette nouvelle disposition a été elle-même abrogée par les lois du 12 mai 1835 et du 7 mai 1849.

(2) Cet article 834 a été abrogé par la loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire.*

(3) Cette loi a été à son tour abrogée par une autre loi, du 7 mai 1849, sur lerapport de notre regretté maître et ami M. Valette.

(4) Remplacée aujourd'hui par la loi du 27 juillet 1872.

adouci la *contrainte par corps* (aj. la loi du 22 juillet 1867).

13° Les lois du 29 avril 1845 *sur les irrigations;* du 11 juillet 1847 sur le *droit d'appui* en matière d'irrigation; du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du *drainage*.

14° La loi des 13, 21 novembre et 3 décembre 1849 *sur la naturalisation* (remplacée elle-même par la loi du 29 juin 1867).

15° La loi du 11 juillet 1850, qui exige qu'on mentionne dans l'acte même de la célébration du mariage la date du contrat de mariage, ainsi que les nom et résidence du notaire qui l'a reçu, ou la mention que les époux se marient sans contrat.

16° La loi des 15, 22 novembre et 6 décembre 1850, *sur le désaveu de paternité en cas de séparation de corps.*

17° La loi des 22, 29 janvier et 7 février 1851, sur les individus *nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés,* et sur les enfants des étrangers naturalisés (loi qui elle-même a été modifiée par celle du 16 décembre 1874).

18° Le décret du 27 mars 1852, d'après lequel le Code civil a repris la dénomination de *Code Napoléon* (1).

19° La loi du 31 mai 1854, portent *abolition de la mort civile.*

20° La loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire.*

21° La loi du 21 mai 1858 *sur la saisie des immeubles* et *sur les ordres.*

22° La loi du 14 juillet 1866, *sur les droits des héritiers et ayant-cause des auteurs.*

23° La loi du 22 juillet 1867, qui supprime la *contrainte par corps* en matière commerciale, civile et contre les étrangers.

24° La loi du 15 juin 1872, relative aux *titres au porteur.*

25° La loi du 10 décembre 1874, *qui rend les navires susceptibles d'hypothèque.*

Du pouvoir législatif sous le premier Empire, — la Restauration, — la Monarchie de Juillet, — la seconde République, — le deuxième Empire, — le Régime actuel. — Des avis du Conseil d'État approuvés par le chef du gouvernement. — Des décisions et circulaires ministérielles.

Comment se faisait la loi sous l'*Empire?*

42. — Premier empire. — L'exercice du pouvoir législatif est le même que sous la Constitution de l'an VIII, sauf toutefois deux différences :

1° Le Tribunat est supprimé par un sénatusconsulte du 19 août 1807, qui en confère les fonctions à trois commissions du Corps législatif;

2° Le Sénat conservateur n'a plus le droit d'*annuler* pour cause

(1) L'Assemblée nationale de 1871 avait été saisie d'une proposition ayant pour objet de revenir à la dénomination de *Code civil.* Voy. le rapport fait par M. Mazeau au nom de la Commission d'initiative parlementaire (*Journal officiel* du 14 juillet 1872). Ce qu'une loi n'a pas encore fait existe déjà dans l'usage.

d'inconstitutionnalité, les lois qui lui sont déférées ; il ne lui reste que la faculté d'*exprimer l'opinion qu'il n'y a pas lieu à promulguer la loi :* l'Empereur, après avoir entendu le Conseil d'Etat, est le maître d'adhérer à la délibération du Sénat ou de passer outre (art. 71 et 72 du sénatusconsulte organique du 28 floréal an XII, — 18 mai 1804).

43. — RESTAURATION. — *Charte de* 1814. — Trois pouvoirs concourent à la formation de la loi : le roi, la Chambre des députés, la Chambre des pairs.

Comment était organisé le pouvoir législatif sous la Charte de 1814?

A qui appartenait l'initiative de la loi, et qu'était-ce que *l'initiative?*

L'initiative ou le droit de proposer la loi n'appartient qu'au roi seul. Toutefois les Chambres ont une sorte d'initiative indirecte : elles ont la faculté de *supplier* le roi de proposer une loi sur quelque sujet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne. Chacune d'elles peut faire cette demande, après l'avoir discutée en comité secret; mais ce n'est qu'autant qu'elles l'ont l'une et l'autre adoptée qu'elle peut être adressée au roi.

Le roi n'est pas tenu de donner suite au projet qui lui est présenté; il peut, à son gré, le rejeter ou le recevoir. S'il l'adopte, il le propose aux Chambres, de la même manière qu'il propose ceux qui émanent directement de lui.

La proposition de loi est portée, au gré du roi, à la Chambre des pairs ou à celle des députés, *excepté la loi de l'impôt, qui doit être adressée d'abord à la Chambre des députés.*

Le projet est ordinairement accompagné d'un discours par lequel le ministre qui présente la loi en expose les motifs.

Les Chambres ont la faculté de faire des amendements et des additions au projet qui leur est adressé ; mais il ne leur est point permis de *motiver* leur acceptation ou leur refus. Elles disent seulement : la Chambre adopte ou n'adopte pas.

A qui appartenait le droit de sanction? et qu'était-ce que la *sanction?*

Si la Chambre appelée à délibérer la première n'adopte point le projet, les choses en restent là. Que si elle l'adopte, le roi l'adresse alors à l'autre Chambre. Si celle-ci le rejette, la loi ne peut point se former. Si elle l'accepte, la loi n'est point encore parfaite ; il faut, de plus, qu'elle soit soumise à la *sanction,* c'est-à-dire à l'acceptation du roi, qui est le maître de la donner ou de la refuser. Au premier cas, la loi est complète ; au second, elle reste inachevée.

Le droit qu'a le roi de refuser sa sanction est absolu. Il semble cependant qu'on eût dû faire une distinction. Lorsque les Chambres ont, par des amendements ou additions, modifié le projet qui leur a été présenté, le contrat n'est pas encore formé : la proposition faite par l'un des trois pouvoirs n'ayant été acceptée par les deux autres que sous condition, il importe que le roi, qui l'a faite, soit de nouveau consulté, ce qui emporte la faculté de ne pas consentir. Mais, lorsqu'on se place dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque les Chambres ont accepté le projet *tel qu'il leur a été présenté,* sans lui faire subir aucune modification, la faculté

qu'a le roi de refuser sa sanction n'a plus sa raison d'être. Qu'est-ce, en effet, que la loi? La volonté *collective* du roi et des deux Chambres! Or, dans l'espèce, les trois pouvoirs sont d'accord, leur triple consentement a été librement donné : la loi existe donc ! En refusant de la sanctionner, le roi défait à lui seul l'œuvre commune des trois pouvoirs. Cette faculté est aussi peu logique que le serait, en matière de contrats, le pouvoir laissé à l'une des parties contractantes de révoquer, à elle seule et selon son caprice, la convention qu'elle a librement consentie.

La loi sanctionnée par le roi était-elle obligatoire?

Voici qui est plus grave encore! la loi qui a été *sanctionnée* est définitivement formée, mais elle n'est pas encore *obligatoire*. Il lui faut un élément de plus pour avoir cet effet : *la promulgation.*

Le roi était-il obligé de la promulguer? Devait-il la promulguer dans un certain délai?

Le droit de la promulguer appartient au roi, et au roi seul. Selon la Constitution de l'an VIII, le premier Consul *était tenu* de promulguer la loi dix jours après qu'elle avait été décrétée par le Corps législatif (voy. le nº 30). Selon la Charte, au contraire, aucun délai n'est fixé au roi, qui reste maître de la promulguer quand bon lui semble, et même de la laisser perpétuellement sans promulgation.

Ainsi, le roi a proposé la loi, les Chambres l'ont acceptée sans amendements : il semble qu'elle est formée. Il n'en est rien : le roi peut, en refusant sa sanction, la laisser inachevée! Il la sanctionne : échappe-t-elle alors à son pouvoir? Non, il la tient en réserve, et la fera valoir quand il le voudra, en la promulguant!

Comment se faisait la loi sous la Charte de 1830? Quelle innovation fut introduite dans le pouvoir législatif?

44. — Monarchie de juillet. — *Charte de* 1830. — Le pouvoir législatif s'exerce de la même manière que sous la Charte de 1814. Toutefois une innovation, une seule, a été introduite : le droit d'*initiative* n'appartient plus exclusivement au roi; il est étendu à chacune des deux Chambres. Ainsi, la loi peut être proposée soit par le roi soit par l'une ou l'autre des deux Chambres. Mais, de même que sous la Charte de 1814, toute loi d'impôt doit d'abord être votée par la Chambre des députés.

Comment se faisait la loi sous la Constitution de 1848?

45. — Deuxième république. — *Constitution du 4 novembre* 1848. — Le pouvoir législatif appartient à une assemblée unique, composée de sept cent cinquante représentants. Le pouvoir exécutif est délégué à un citoyen qui reçoit le titre de *Président de la République.*

L'*initiative* de la loi appartient soit à l'Assemblée nationale, soit au Président de la République, qui l'exerce par ses ministres.

La Chambre *peut* soumettre ses projets aux délibérations du Conseil d'Etat, mais elle n'y est pas obligée. Ceux que propose le gouvernement doivent, au contraire, du moins en principe, être soumis à son examen préalable (art. 75 de la Constitution, et 1er de la loi du 8 mars 1849).

Sauf le cas d'urgence, aucun projet de loi ne peut être voté dé-

finitivement par la Chambre qu'après trois délibérations, à des intervalles qui ne doivent pas être moindres de cinq jours.

La loi est formée dès qu'elle est décrétée par l'Assemblée ; et il en est ainsi alors même que le projet qu'elle a adopté a été présenté par elle : le Président de la République n'a point de sanction à donner.

Le Président de la République avait-il le droit de sanction ?

C'est lui qui est chargé de promulguer la loi : la Constitution lui en fait un *devoir*. Ainsi, il n'est point le maître de laisser la loi inachevée en ne la promulguant pas. Il lui est permis, toutefois, de demander, dans le délai fixé pour la promulgation, et par un message motivé, que l'Assemblée délibère de nouveau sur la loi qu'elle a faite. Si l'Assemblée persiste dans sa première décision, la loi est définitive.

Qui promulguait la loi?
Le Président de la République était-il libre de faire ou de ne pas faire la promulgation ?

Les lois d'urgence doivent être promulguées *dans les trois jours,* à partir du jour où elles ont été décrétées par l'Assemblée. Il en est de même de celles qu'elle a confirmées, après qu'elle en a délibéré de nouveau, sur l'invitation motivée du président.

Dans quel délai devait-il la faire?

Les autres lois doivent l'être dans le délai d'*un mois,* à compter du décret.

A défaut de promulgation par le Président de la République, il y est pourvu par le président de l'Assemblée nationale.

Quid, s'il ne la faisait pas dans ce délai?

46. — Deuxième empire. — *Constitution du 14 janvier* 1852. — La puissance législative s'exerce collectivement par l'Empereur, le Corps législatif et le Sénat.

Comment se fait la loi sous l'empire de la Constitution de 1852?

L'Empereur a seul l'initiative des lois.

Le Conseil d'État élabore et rédige le projet.

Le projet rédigé, il le renvoie à l'Empereur, qui, par l'intermédiaire des ministres d'État et du président du Corps législatif, le soumet à la discussion et au vote des députés.

Sa défense devant la Chambre est confiée au président du Conseil d'État et à des conseillers d'État que l'Empereur commet à cet effet.

Le président du Corps législatif en donne lecture aux députés et le leur distribue après qu'il a été imprimé.

Immédiatement après la distribution et au jour fixé par le président, le Corps législatif se réunit en comité secret : une discussion sommaire est alors ouverte, à laquelle prennent part les commissaires du gouvernement.

Cette discussion close, la Chambre nomme une commission qui est chargée de faire un rapport et devant laquelle s'exerce le droit d'amendement.

Les amendements proposés sont remis au président et par lui transmis à la commission. Les députés qui les proposent ont le droit d'être entendus.

Si la commission les accepte, il y a lieu au renvoi du projet amendé au Conseil d'État, qui rejette ou admet la modification proposée. S'il la rejette, elle est considérée comme non avenue.

S'il l'accepte, le projet ainsi modifié est soumis à la discussion de l'Assemblée.

Le rapport de la commission est lu en séance publique, imprimé et distribué 24 heures au moins avant la discussion.

S'il intervient sur un article un vote de rejet, l'article est renvoyé à la commission. De nouveaux amendements peuvent alors être proposés au sujet de cet article, dans les formes qui viennent d'être expliquées (voy. les décrets des 22 mars 1852 et 24 novembre 1860).

L'Empereur sanctionne et promulgue les lois.

— Gardien du pacte fondamental, le Sénat s'oppose à la promulgation : 1° des lois qui seraient contraires à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et du principe de l'inamovibilité de la magistrature; 2° de celles qui pourraient compromettre le territoire.

Il exerce seul le pouvoir législatif pour régler : 1° la constitution des colonies; 2° tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et tout ce qui est nécessaire à sa marche; 3° le sens des articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations. Ces sénatusconsultes sont soumis à la sanction de l'Empereur et promulgués par lui.

Les changements à la Constitution doivent être proposés par le Sénat à l'Empereur et approuvés par lui. — Toute modification aux bases *fondamentales* de la Constitution doit être soumise au suffrage universel.

L'Empereur a le droit de faire grâce et d'accorder des amnisties.

Il autorise par décret les grands travaux d'utilité publique. C'est un changement radical apporté aux anciennes Constitutions.

46 *bis*. — Régime actuel. — Aujourd'hui le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat (loi du 25 février 1875, art. 1er).

Le Président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux Chambres. Il promulgue les lois, lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres; il en surveille et en assure l'exécution (même loi, art. 3).

Le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée urgente. Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération, qui ne peut être refusée (loi du 16 juillet 1875, art. 7).

47. — ***Des avis du Conseil d'État.*** — Le Conseil d'État, établi par la Constitution de l'an VIII, était chargé de développer et de fixer le sens de la loi, lorsque les consuls lui transmettaient les

questions qui leur avaient été présentées. La loi du 16 septembre 1807 lui confirma ce pouvoir. Toutefois ces décisions, appelées *avis*, n'étaient obligatoires qu'autant qu'elles avaient été approuvées par le chef du gouvernement (1).

48. — *Des ordonnances royales.* — Avant 1789, les ordonnances des rois étaient des lois proprement dites (voy. les nos 15 et s.). Sous la Constitution de 1791, ainsi que sous les Chartes de 1814 et de 1830, la loi et l'ordonnance sont, au contraire, deux actes de nature différente. La *loi* est l'œuvre collective du roi et de l'Assemblée ou des Assemblées qui participent avec lui à l'exercice du pouvoir législatif. L'*ordonnance* est l'œuvre du roi seul.

Qu'était-ce, sous l'empire de la monarchie constitutionnelle, qu'une ordonnance royale ? A quelle condition était-elle obligatoire?

Le roi ne peut, par ordonnance, qu'assurer l'*exécution des lois qui émanent du pouvoir législatif;* il ne lui est point permis d'établir des règles nouvelles.

L'article 14 de la première Charte donnait au roi le droit de faire des règlements et ordonnances pour l'exécution des lois et la *sûreté de l'État*. Le roi Charles X, argumentant de ces derniers mots: *pour la sûreté de l'État,* prétendit qu'il avait le droit de faire des lois proprement dites, et d'abroger les lois antérieures, *lorsque la sûreté de l'État l'exigeait*. En 1830, des ordonnances furent faites en ce sens. Le peuple, qui pensa que la Constitution était violée, renversa la royauté, et, pour qu'à l'avenir un semblable abus ne se renouvelât plus, la Charte de 1830 établit, par un texte formel, que le roi ferait des ordonnances pour assurer l'exécution des lois, *mais sans pouvoir jamais ni les suspendre ni dispenser de leur exécution*. L'article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852 est conçu dans le même esprit : Le Président de la République, y est-il dit, fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois.

49. — *Des instructions ou circulaires ministérielles.* — Elles n'obligent que les préposés de l'administration placés sous la direction du ministre duquel elles émanent. A l'égard de toute autre personne, elles n'ont aucune force obligatoire.

Les instructions ou circulaires ministérielles sont-elles obligatoires?

50. — En résumé, les sources de notre droit actuel sont :

Quelles sont, en résumé, les sources de notre droit français?

1° Les lois proprement dites;

2° Les décrets du chef de l'État;

3° Les anciens avis du Conseil d'État, lorsqu'ils ont été approuvés par le chef du gouvernement;

4° Les ordonnances royales et les décrets du Président de la République, lorsqu'ils assurent l'exécution des lois;

5° Les plébiscites et les sénatusconsultes;

6° Les circulaires ministérielles; mais je rappelle qu'elles ne sont obligatoires que pour les agents de l'administration qui relèvent du ministre qui les a faites.

(1) Le pouvoir d'interpréter la loi n'appartient plus aujourd'hui au Conseil d'État (voy., ci-dessous, les nos 92 et 93).

CODE CIVIL

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

3e *Répétition.*

51. — Les règles qui régissent cette matière n'appartiennent à aucun Code en particulier; elles sont comme les prolégomènes de toutes les lois. Si le législateur en a fait le Titre préliminaire du Code civil, c'est qu'il lui a semblé qu'elles devaient naturellement avoir leur place dans le Code appelé à être le premier mis à exécution, et qui plus que tout autre embrasse l'universalité des choses et des personnes.

Les règles contenues dans le Titre préliminaire du Code civil sont-elles particulières à ce Code?

Pourquoi les a-t-on placées dans le Titre préliminaire du Code civil?

§ I. — *De la promulgation et de la publication des lois.*

52. — Les mots *promulgation* et *publication* de la loi étaient autrefois synonymes; on les définissait l'un par l'autre. La *promulgation*, disait-on, est la *publication* de la loi avec les formalités requises. — La *promulgation* et la *sanction* de la loi, qui avaient ordinairement lieu par un seul et même acte, furent elles-mêmes prises l'une pour l'autre. — Aujourd'hui les lois et la science du droit ont assigné à chacun de ces mots une signification différente.

Art. 1er.

Les mots *sanction, promulgation* et *publication* de la loi sont-ils synonymes?

53. — La *sanction* était autrefois l'acte par lequel le roi donnait son adhésion à un projet de loi qu'avait adopté déjà un autre pouvoir concourant avec lui à l'exercice de la puissance législative. On sait, en effet, que, sous l'empire de la Constitution de 1791, les décrets de l'Assemblée nationale, et, sous les Chartes de 1814 et de 1830, les projets adoptés par les deux Chambres, ne devenaient lois qu'après qu'ils avaient été *sanctionnés,* c'est-à-dire solennellement approuvés par le roi. Cette approbation ou sanction (1) se donnait par la signature du roi et l'apposition du sceau royal au bas de la loi.

Qu'était-ce autrefois que la *sanction?*

A quelles époques le droit de sanction a-t-il existé?

Le droit de compléter la loi en la sanctionnant ou de la laisser

(1) Le mot *sanction* a une autre signification : il exprime la peine que la loi prononce contre ceux qui la violent (voy., ci-dessus, n° 1er). C'est ainsi, par exemple, que la nullité du mariage est la sanction de la loi qui défend de se marier avant l'âge prescrit (art. 144 et 184).

Existe-t-il aujourd'hui?

inachevée en refusant de l'approuver, fut aboli par la Constitution de 1848 (voy. le n° 45). La Constitution du 14 janvier 1852 l'a rétabli (voy. le n° 46). Aujourd'hui il a été supprimé de nouveau.

Pourquoi n'en est-il pas question dans notre article 1er?

Il était inconnu sous la Constitution de l'an VIII (voy. le n° 30). C'est ce qui explique pourquoi il n'en est point question dans notre article.

Qu'est-ce que la *promulgation* de la loi?

54. — La *promulgation* est l'acte par lequel le chef de l'État atteste au corps social l'existence de la loi, et donne ordre à tous les citoyens de l'observer, et à toutes les autorités de la faire respecter et exécuter.

Quelle différence y a-t-il entre la *sanction* et la *promulgation*?

Ainsi, la différence entre la *sanction* et la *promulgation* est bien marquée. La *sanction* se rapporte à la *formation* de la loi, dont elle est le complément nécessaire; c'est elle qui la rend parfaite. La *promulgation,* au contraire, suppose l'existence de la loi; elle n'a trait qu'à son *exécution :* c'est l'acte par lequel le chef de l'État lui imprime une force qu'elle n'a pas encore, la force *exécutoire.*

Le roi qui *sanctionnait* la loi agissait comme pouvoir *législatif;* il agissait, au contraire, comme pouvoir *exécutif,* quand il la *promulguait.*

Qu'est-ce que la *publication de la loi?*

55. — La *publication* est le mode employé pour porter à la connaissance des citoyens et des autorités l'existence et la promulgation de la loi : *Publicatio est divulgatio legis et promulgationis.*

A quelle condition la loi qui est *formée* est-elle *exécutoire?*

A quelle condition la loi qui est *promulguée* est-elle *obligatoire?*

La loi qui est *formée,* et qui n'est pas *promulguée,* existe sans doute, mais elle n'est pas encore exécutoire. Lorsqu'elle est promulguée, elle est *exécutoire,* sans doute, mais elle n'est pas encore *obligatoire :* elle ne l'est qu'à partir du moment où sa promulgation est devenue publique et notoire. Je m'explique par une comparaison.

Le jugement que vient de rendre un tribunal a certainement en lui la vertu *d'obliger* la partie contre laquelle il a été rendu; mais on ne peut l'exécuter, le faire valoir contre elle, qu'après qu'on le lui a notifié. Il en est de même de la loi : dès qu'elle est promulguée, elle renferme en elle le principe de l'obéissance qui lui est due; mais, comme elle doit avertir avant de frapper, en fait, elle n'oblige réellement les citoyens qu'à partir du moment où ils l'ont connue ou pu connaître : c'est donc sa publication qui fait qu'elle *oblige.*

Ainsi, la *sanction* complète la loi.

La *promulgation* lui imprime une force qu'elle n'avait pas, la force *exécutoire :* « La loi, dit notre article 1er, est *exécutoire* en vertu de la promulgation. »

La *publication* permet de la mettre effectivement à exécution : « Elle sera, est-il dit dans le même article, exécutoire du moment que la promulgation pourra en être connue. »

Quel a été, avant le Code, le mode employé pour porter la loi à la connaissance du public?

56. — Le mode employé pour porter la loi à la connaissance du public n'a pas toujours été le même.

Sous l'ancienne monarchie, la loi était adressée aux Cours souveraines, qui la vérifiaient et l'enregistraient.

Dans certains ressorts, dès qu'elle était enregistrée par le Parlement, elle était réputée connue de tous les habitants domiciliés dans le ressort de ce Parlement. C'était, comme on le voit, une publication purement fictive.

Dans d'autres ressorts, l'enregistrement était considéré comme la *sanction* de la loi. Elle n'était promulguée, réputée connue, qu'après qu'elle avait été envoyée aux sénéchaussées et bailliages, qui en faisaient lecture en audience publique (1). Ce mode de publication, quoique plus réel que le précédent, était encore insuffisant : il n'instruisait, en effet, que ceux qui, assistant à l'audience, entendaient la lecture de la loi.

L'Assemblée Constituante l'abandonna. La loi, dès qu'elle était faite, était envoyée aux tribunaux, aux corps administratifs et aux municipalités, qui, après l'avoir aussitôt transcrite sur leurs registres, en faisaient la lecture et la faisaient *afficher*. Dès qu'elle était affichée, elle était réputée connue, et, par conséquent, obligatoire (2).

La Convention alla plus loin dans la voie d'une publication réelle et effective. Toute loi, dès qu'elle était faite, était imprimée dans un Bulletin appelé *Bulletin officiel des lois;* ce *Bulletin* était adressé aux autorités constituées, et il en était, dans chaque lieu, donné lecture au peuple, assemblé *à son de trompe ou de tambour* (3).

La loi du 12 vendémiaire an IV supprima la publication par lecture publique, affiches, son de trompe ou de tambour; elle maintint l'usage de l'impression de la loi au *Bulletin officiel,* et décida que, dans chaque département, la loi serait réputée connue à partir du jour où le *Bulletin* serait parvenu au chef-lieu. C'était un retour au système d'une publication purement fictive.

Quel est le mode de publication employé par le Code? En d'autres termes, quand la promulgation est-elle réputée connue?

57. — Nous arrivons enfin au système du Code : « Les lois « sont exécutoires, dit l'article 1er,... en vertu de la promulgation...

« Elles seront exécutées... du moment où la promulgation « pourra en être connue.

« La promulgation sera réputée connue, dans le département « de la résidence du gouvernement, un jour après celui de la « promulgation, et dans chacun des autres départements, après « l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il « y a de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) « entre la ville (ordinairement Paris) où la promulgation en aura « été faite et le chef-lieu de chaque département. »

Ainsi, la loi promulguée à Paris le 1er février est réputée connue le 3 dans tout le département de la Seine. Elle est réputée connue le 4, le 5 ou le 6, dans les départements dont le chef-lieu est éloigné de Paris de 10, 20 ou 30 myriamètres.

(1) Voy. Toullier, *Droit civil français,* t. I, nos 61 et suiv.
(2) Décret du 9 novembre 1789.
(3) Décret du 14 frimaire an II.

Quid, lorsqu'entre deux dizaines de myriamètres il existe des unités?

Mais comment doit se faire le calcul, lorsqu'il y a moins de 10 myriamètres, plus de 10 et moins de 20, plus de 20 et moins de 30... ? Faut-il compter les unités pour un jour, ou, les négligeant, ne tenir compte que des dizaines? Parmi les auteurs, les uns prennent le premier parti, les autres le second.

Ceux qui pensent qu'il faut négliger les *unités* et ne tenir compte que des *dizaines,* s'appuient :

1° *Sur le texte même du Code;* et, en effet, aux termes bien formels de notre article, le délai est augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois *dix* myriamètres... Or, dans 21, 22 et même 29 myriamètres, il n'y a pas trois fois dix myriamètres : donc l'augmentation de délai ne doit pas dépasser deux jours. Cette décision est fort dure, sans doute, lorsque les unités approchent de la dizaine ; mais *dura lex, sed lex.*

2° *Sur un sénatusconsulte du* 15 *brumaire an* XIII, qui l'a ainsi décidé pour un cas particulier (1).

Ceux qui, au contraire, soutiennent que toute fraction, qu'elle soit de 1 ou de 9 myriamètres, doit compter pour un jour, s'appuient, de leur côté :

1° *Sur le texte du Code.* Si, en effet, on néglige les fractions, la loi sera réputée connue dans les départements dont le chef-lieu est à 7, 8, 9 myriamètres de Paris, le même jour que dans le département de la Seine, c'est-à-dire un jour après la promulgation ; or, le texte est formel, ce n'est que dans le département de la Seine qu'elle est réputée connue dans un aussi bref délai.

2° *Sur une ordonnance du* 7 *juillet* 1824, qui, dit-on, compte une *fraction de dix* comme une *dizaine* complète. — Ce deuxième système, d'abord suivi en jurisprudence, a finalement été repoussé par la Cour de cassation (2).

58. — Ainsi, la *publication* de la promulgation, *divulgatio promulgationis,* consiste dans un délai, passé lequel les citoyens sont réputés connaître l'existence de la loi.

Le mode de publication organisé par le Code est-il logique?
L'expiration d'un délai peut-elle donc faire l'office d'une publication?

A première vue, cette publication paraît n'être qu'une pure abstraction, une véritable fiction. On ne comprend pas, en effet, comment il se peut faire que l'expiration d'un délai puisse remplir l'office d'une publication. Rien n'est plus réel cependant. La loi ne se fait point clandestinement.

D'après la Constitution de l'an VIII, sous l'empire de laquelle le Code a été fait, la loi était préparée au Conseil d'État, discutée au Tribunat et décrétée par le Corps législatif. Les discussions dont elle était l'objet avaient lieu en présence du public; elles éveillaient l'attention du pays, qui était ainsi averti qu'elle serait d'un jour à l'autre décrétée. Dès qu'elle l'était, on l'insérait au *Moniteur* et

(1) MM. Demante, *Cours analytique*, t. I, p. 35; Dur., t. I, p. 28, note 2; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 19; Bugnet, à son cours; Aubry et Rau, t. I, § 26, note 5; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 16.

(2) Arrêts du 27 juin 1854 et du 9 avril 1856. Comp. MM. Demolombe, t. I, n° 27, et Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 23.

dans les autres feuilles publiques, qui parvenaient en un temps très court dans toutes les parties du territoire français ; elle circulait dans toutes les localités, et, de bouche en bouche, elle parvenait aux plus insouciants. Ainsi, à moins qu'on ne fût complètement retiré du monde, il était difficile qu'on ne sût pas, dans un bref délai, le jour où elle avait été *décrétée.*

Quant au jour de sa *promulgation,* il était impossible de l'ignorer : car, du moment qu'on connaissait la date de la loi, on savait par là même quel jour elle serait promulguée, puisqu'elle devait *nécessairement l'être le dixième jour du décret* (voy., ci-dessus, les nos 30 et 34). Ainsi, lorsqu'on lisait au *Moniteur* ou dans une autre feuille publique que telle loi avait été *décrétée,* par exemple, le 5 mars, on était averti qu'elle serait *promulguée* le 15 du même mois.

Outre ce délai de dix jours, un jour de grâce est accordé aux habitants du département de la Seine pour se préparer à l'exécution de la loi et y conformer leur conduite. Ce jour de grâce est augmenté, pour les habitants des autres départements, d'autant de jours qu'il y a de fois 10 myriamètres entre le chef-lieu de leur département et la ville où la promulgation a été faite.

Pendant ces délais, chaque citoyen a pu connaître la loi; il ne peut l'ignorer qu'à force d'insouciance. Cette insouciance est une faute, la loi n'en doit pas tenir compte. De là la présomption qu'elle établit : *la promulgation est réputée connue dès que s'est écoulé le délai pendant lequel elle a pu l'être.*

Lorsque le délai accordé pour connaître la loi est expiré, les tiers sont-ils admis à prouver qu'en fait ils ne l'ont pas connue?

59. — Cette présomption n'admet point, en principe, de preuve contraire. Aucune personne ne peut prétendre que, à raison d'une circonstance particulière, elle a été dans l'impossibilité de connaître la loi et sa promulgation; dès que ses concitoyens ont pu la connaître, elle est réputée l'avoir connue elle-même. La loi, qui, en effet, prend les hommes en masse, a dû, afin d'éviter toute controverse à cet égard et de couper court aux procès, établir une présomption générale, applicable à tous.

Mais, s'il s'est rencontré un obstacle absolu, tel qu'une inondation, une invasion ennemie, qui a empêché toute une localité de connaître la promulgation dans le délai légal, la loi, n'ayant pas pu être connue, ne peut pas être réputée l'avoir été. Notre texte justifie cette décision. Que dit-il, en effet? Que la loi sera exécutée quand la promulgation *pourra* être connue! N'est-ce pas dire, par *à contrario,* qu'elle ne doit pas être exécutée contre les habitants des localités qui *n'ont pas pu* la connaître? Un article de loi, rédigé dans ce sens, fut proposé au Conseil d'État, qui ne le rejeta que parce qu'il lui parut inutile (1).

Les Chartes de 1814 et de 1830 ont-elles modifié le mode de publication que nous venons d'étudier?

Ce mode de publica-

60. — Les gouvernements qui succédèrent à l'Empire maintinrent le principe consacré par notre article. Mais, autant il était logique à l'époque de la promulgation du Code, autant il le fut peu sous les Chartes de 1814 et de 1830. Qu'on se rappelle, en

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 26, p. 50.

tion est-il logique sous l'empire des principes consacrés par ces deux Charles ?

effet, comment se faisait la loi sous la royauté! Bien qu'adoptée par les Chambres, elle n'était pas encore formée; la *sanction* du roi pouvait seule la compléter. Or, le roi sanctionnait *s'il le voulait* et *quand il le voulait;* aucun délai n'était fixé à cet égard. Quant à la *promulgation,* il était également le maître de ne pas la faire, et, lorsqu'il voulait bien y procéder, il le faisait ordinairement le jour même de la sanction et par le même acte (voy., ci-dessus, le n° 43). Un jour après, la promulgation était réputée connue dans tout le département de la Seine; et, dans les autres départements, après le même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y avait de fois 10 myriamètres entre Paris et le chef-lieu de chaque département. Ainsi, le délai passé lequel la promulgation était réputée connue courait du jour où la loi avait été sanctionnée et promulguée; or, la sanction et la promulgation se faisaient sans publicité d'aucune espèce, inopinément et à une époque que personne n'avait pu prévoir! Le délai après lequel chacun était réputé connaître la loi s'accomplissait donc sans que les citoyens sussent même qu'il avait commencé de courir!

Ne chercha-t-on pas à porter remède à cet inconvénient?

61. — L'Ordonnance du 27 novembre 1816, voulant porter remède à cet état de choses, établit :

1° Qu'à l'avenir la promulgation de la loi résulterait de son insertion au *Bulletin officiel;*

2° Que le délai après lequel la promulgation est réputée connue courrait du jour que le *Bulletin* où elle est transcrite serait reçu de l'Imprimerie royale par le ministre de la justice, lequel constaterait, sur un registre spécial, le jour de la réception.

Le remède fut-il efficace?

Remède impuissant! Comment, en effet, les citoyens connaissent-ils le jour de la réception du *Bulletin*, jour qui marque le point de départ du délai après lequel la loi est réputée connue? Ce registre sur lequel il est indiqué, qui le connaît, qui peut le consulter? Or, si le jour à partir duquel commence à courir le délai accordé aux citoyens pour connaître la loi est clandestin, comment peuvent-ils se mettre en règle? La promulgation les surprend à l'improviste, puisqu'aucun d'eux ne peut savoir d'avance le jour où la loi devient obligatoire! Les juges, chargés de l'appliquer, ne le savaient pas eux-mêmes; ils étaient obligés de recourir à cet effet aux bureaux du ministère, afin de connaître le jour où le *Bulletin* y avait été reçu.

On a, il est vrai, fait disparaître cet inconvénient. Bien que l'Ordonnance ne le prescrive point, on a imaginé d'imprimer, au bas du *Bulletin* où se trouve la loi, le jour où il est parvenu de l'Imprimerie au ministère de la justice. Par ce procédé, les juges apprennent, en lisant la loi, le jour de sa promulgation. Mais reste l'inconvénient que j'ai signalé : les citoyens qui ne reçoivent pas le *Bulletin,* et ils sont nombreux, ignorent toujours le point de départ du délai après lequel ils sont réputés instruits de l'existence de la loi.

Quelle innovation fut

62. — La même Ordonnance de 1816 décide que, « dans le cas

et dans les lieux où le roi jugera convenable de hâter l'exécution des lois, elles seront *censées publiées* et seront exécutoires du jour où elles seront parvenues au préfet, qui en constatera la réception sur un registre. »

encore introduite par la même Ordonnance de 1816?

Ainsi, dès que la loi est parvenue au préfet, dès qu'il la connaît, tous les citoyens sont censés la connaître. N'est-ce pas la violation manifeste du principe : *Non obligat lex, nisi promulgata?*

L'Ordonnance du 18 janvier 1817 a fait disparaître cette énormité : elle veut que, dès que la loi leur est parvenue, les préfets la fassent imprimer et afficher partout où besoin est (1).

Cette théorie ne fut-elle pas modifiée par une autre Ordonnance?

63. — La Constitution de 1848 s'était occupée de la promulgation. Lorsque la loi était votée, le Président de la République était chargé de la promulguer dans le délai d'un mois. Si la loi était *urgente*, le délai n'était que de trois jours. Pendant ces délais, il pouvait, par un message, appeler la Chambre à délibérer de nouveau; la nouvelle décision de la Chambre était définitive et devait être promulguée dans les trois jours. Dans tous les cas, la loi qui n'était pas, dans les délais fixés, promulguée par le Président de la République, devait l'être par le président de la Chambre (voy., ci-dessus, le nº 45).

Comment, sous la Constitution de 1848, se faisait la promulgation?
Le Président de la République était-il libre de ne pas la faire?
Dans quel délai devait-il la faire?
Quid, s'il ne la faisait pas?

Cette Constitution n'avait point abrogé l'Ordonnance de 1816 : la promulgation de la loi résultait donc encore de son insertion au *Bulletin officiel*. Ainsi, le point de départ du délai après lequel les citoyens étaient réputés connaître la loi était déterminé par le jour où le *Bulletin officiel* avait été reçu de l'Imprimerie nationale au ministère de la justice. Mais, comme la loi devait nécessairement être promulguée dans un délai assez court, l'inconvénient que présentait le système de l'Ordonnance de 1816 avait en partie disparu.

D'où résultait la promulgation?
Quel était le point de départ du délai après lequel la loi était réputée connue?

64. — La théorie de la promulgation, consacrée par notre article 1er, ne s'appliquait qu'aux *lois proprement dites*; les *décrets impériaux* étaient soumis, sous le rapport de la promulgation, à des règles spéciales.

Notre article 1er s'applique-t-il aux *décrets*, comme aux *lois?*
Quand les décrets sont-ils obligatoires?

Comme les *décrets* étaient préparés et rendus avec moins de publicité que les lois, on ne crut pas devoir leur appliquer la présomption en vertu de laquelle la loi est réputée connue, par cela même qu'un certain délai s'est écoulé depuis sa promulgation. Un avis du Conseil d'Etat, approuvé par l'Empereur (25 prairial an XIII) (2), décida, d'une part, que les décrets insérés au *Bulletin* ne seraient obligatoires, dans chaque département, qu'à partir du

(1) Quelques personnes pensent que les Ordonnances de 1816 et de 1817 sur la promulgation des lois ne sont pas obligatoires pour les tribunaux. On sait, en effet, que le roi, comme pouvoir exécutif, n'avait que le droit de faire des règlements pour l'exécution des lois, sans pouvoir ni les modifier ni dispenser de leur exécution (voy. le nº 48); or, les dispositions de ces Ordonnances modifient l'article 1er de notre Code, au lieu d'en régler l'exécution.

(2) L'Ordonnance du 27 novembre 1816 assimila, au contraire, quant à leur romulgation, les ordonnances aux lois proprement dites. Mais il n'est pas

jour où le *Bulletin* serait *distribué au chef-lieu;* d'autre part, que ceux qui ne seraient point insérés au *Bulletin,* ou qui n'y seraient indiqués que par leur titre, ne seraient obligatoires que du jour où il en serait donné connaissance aux personnes qu'ils concerneraient, par publication, affiches, signification ou envoi aux fonctionnaires publics chargés de leur exécution. Ces règles s'appliquaient soit aux décrets rendus sous la Constitution de 1848, soit aux décrets rendus par l'empereur Napoléon III.

64 *bis.* — Les règles qui viennent d'être exposées concernant la promulgation et la publication des lois et des décrets ont été gravement modifiées par un décret du *Gouvernement de la défense nationale,* en date du 5 novembre 1870, dont l'article 1er est ainsi conçu :

« Dorénavant, la promulgation des lois et des décrets résultera « de leur insertion au *Journal officiel de la République française,* « lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin officiel des lois.* Le « *Bulletin officiel des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui « y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera « la promulgation. »

Aux termes de l'article 2, « les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout « ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc « après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au « chef-lieu de cet arrondissement » (1).

Art. 2.

§ II. — *Sur quel temps la loi exerce son empire.*

La règle : *que la loi n'a point d'effet rétroactif,* oblige-t-elle le législateur? Est-ce une règle constitutionnelle?

65. — Si la loi réglait le passé, si un droit légitimement acquis pouvait être ravi, si un acte accompli alors qu'il était licite pouvait ensuite être puni, il n'y aurait plus ni liberté civile ni sécurité; la vie, la fortune et l'honneur des citoyens, privés de toute garantie, seraient éternellement en question; on vivrait dans une inquiétude perpétuelle; la société ne serait pas possible! De là la maxime consacrée par notre Code : *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.*

Toutefois, remarquons que cette disposition n'oblige pas le *législateur*; ce n'est pas une règle *constitutionnelle.* Il en était différemment, il est vrai, sous l'empire de la Constitution de l'an III, dont l'article 4 faisait défense au législateur de décréter des lois rétroactives; mais aucune des Constitutions postérieures n'a consacré le même principe. En 1848, un membre de l'Assemblée constituante ayant demandé qu'à l'exemple de la Constitution de l'an III, la Constitution nouvelle proclamât le principe de la non-rétroactivité

douteux qu'elle ne soit, sous ce rapport, illégale et par suite sans force obligatoire; elle est illégale, puisqu'au lieu d'assurer l'*exécution,* elle consacre l'*abrogation* d'une loi antérieure (*Contrà,* M. Demol., n° 26).

(1) Comp. M. Gabriel Demante, *Revue crit. de législ.,* t. I (1871-72), p. 129 et suiv.

des lois, on répondit avec raison que, dans certains cas, la rétroactivité peut être juste, humaine et nécessaire, et qu'ainsi il serait dangereux d'enlever au législateur le droit de décréter ce que la justice et l'humanité réclament. La proposition n'eut pas de suite.

Ainsi, il est bien entendu que le législateur peut faire des lois rétroactives (1). S'il abuse de son pouvoir, s'il l'exerce en dehors de la justice et de l'humanité, la loi qu'il décrétera pourra être critiquée sans doute; mais, tant qu'elle n'aura pas été abrogée, elle devra être obéie (2).

Comment faut-il l'entendre ?

Que signifie donc notre règle? Il faut la traduire ainsi : *Les lois nouvelles,* A MOINS D'UNE DISPOSITION LÉGISLATIVE CONTRAIRE, *ne règlent que les faits accomplis depuis leur promulgation; les faits antérieurs échappent à leur empire* (3).

Les lois nouvelles ne régissent-elles que les faits postérieurs à leur promulgation? N'ont-elles aucun empire sur les faits antérieurs?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

66. — Cette règle, quoique bien simple, est fort difficile dans son application.

Les faits qui étaient *entièrement finis, complets,* au moment de la promulgation de la loi nouvelle, qui, à cette époque, avaient produit tous les effets juridiques dont ils étaient susceptibles, sont exclusivement régis par la loi sous l'empire de laquelle ils se sont accomplis. Ce point est incontestable.

Il est également certain que les faits qui n'étaient pas encore *commencés* lorsque la loi nouvelle a été promulguée échappent complètement à l'empire de l'ancienne loi.

Mais la limite entre le passé et l'avenir n'est pas toujours aussi nette, aussi tranchée. Un fait peut avoir commencé *sous la loi ancienne* et produire des conséquences *sous la loi nouvelle.* Ces conséquences seront-elles exclusivement réglées par l'ancienne loi? Faudra-t-il, au contraire, leur appliquer la loi nouvelle ?

Le premier parti est inadmissible : car, si la loi ancienne devait régler tous les effets, même les plus indirects, les plus éloignés, des faits qui se sont passés sous son empire, la législation demeurerait stationnaire, au grand détriment de la société.

Le second est plus inadmissible encore : car, si la loi nouvelle régissait toutes les conséquences, même les plus directes, les plus immédiates, des faits antérieurs, le principe de la non-rétroactivité serait ouvertement violé.

Il faut donc distinguer, parmi les conséquences des faits antérieurs à sa promulgation, celles qu'elle a pu modifier et celles qu'elle a dû respecter. Là est la difficulté !

67. — Voici, à cet égard, le système qui est généralement suivi :

Toute loi nouvelle est présumée meilleure que celle qu'elle

(1) La Convention usa plusieurs fois de ce droit.

(2) Elle ne s'appliquera pas cependant aux affaires terminées par une transaction ou par un jugement passé en force de chose jugée. — Arrêt de cassation du 13 brumaire an IX.

(3) Blondeau, t. VII de *la Thémis;* Proud., t. I, p. 21; Dem., *Cours analytique,* t. I, p. 39; MM. Demol., t. I, n° 67; Aubry et Rau, t. I, § 30, notes 3 et 4. — Comp. M. Laurent, t. I, nos 163 et suiv.

remplace : car, lorsque le législateur innove, ce ne peut être que dans des vues d'amélioration et pour corriger des abus existants. Dès lors, il est naturel de supposer que le législateur a entendu soumettre à son empire, non seulement les faits qui pourront s'accomplir dans l'avenir, mais encore les faits antérieurs, quant à celles de leurs conséquences qui pourront se produire et se développer après sa promulgation.

Rien assurément n'est plus raisonnable que cette présomption : il semble donc qu'elle devrait toujours être admise. Cependant, à côté de cette idée, s'en place une autre qui la modifie. Si la loi nouvelle réglait toutes les conséquences des faits antérieurs, elle anéantirait souvent les attentes que les citoyens ont pu légitimement former sous l'empire de l'ancienne loi et sur la réalisation desquelles ils ont fortement compté ; cette rétroactivité serait injuste, et, par le froissement qu'elle apporterait dans les intérêts privés, elle jetterait le trouble dans la société. Or, ce n'est pas là évidemment le but que s'est proposé le législateur ; il est plus naturel de supposer qu'il a entendu respecter les attentes dont l'anéantissement deviendrait une cause de froissement et de désordre.

Ces deux présomptions déterminent l'étendue et la portée de notre principe. Il en résulte :

D'une part que les lois doivent être appliquées d'une manière absolue, c'est-à-dire sans s'occuper de la date des faits dont il s'agit de déduire les conséquences :

1° Lorsqu'on peut le faire sans préjudicier à personne ;

2° Lorsque la rétroactivité de la loi ne fait qu'enlever de *faibles attentes*, de *vagues expectatives ;*

D'autre part, que la loi nouvelle est inapplicable toutes les fois qu'on ne peut l'appliquer aux faits antérieurs qu'en détruisant des attentes très fortes, sur la réalisation desquelles les citoyens avaient eu un juste sujet de compter : ces attentes sont *des droits acquis* auxquels le législateur n'a pas dû toucher.

Ainsi, *les droits acquis* au moment de la promulgation de la loi nouvelle sont respectés ; les *simples expectatives* sont détruites ou modifiées par elle.

Qu'est-ce qu'un *droit acquis ?*

68. — Mais à quels signes reconnaître un *droit acquis* et le distinguer d'une *simple expectative ?*

Les *droits acquis,* a-t-on dit, sont ceux qui sont entrés dans notre patrimoine et qui ne peuvent pas nous être enlevés par le fait d'un tiers. Tels sont les droits qui résultent d'un contrat, d'un testament *dont l'auteur est mort*, ou d'une succession ouverte. Peu importe, au reste, que ces droits soient purs et simples ou *conditionnels.* Les droits dont l'existence est subordonnée à un événement futur et incertain existent, en effet, dès à présent, à l'état de droits *conditionnels.* Ils sont moins sûrs, sans doute, que les droits purs et simples ; mais enfin, tels qu'ils sont, ils figurent dans notre patrimoine : nous pouvons les céder, les donner en

gage; la loi elle-même nous autorise à faire tous les actes nécessaires à leur conservation (art. 1180).

Il faut, au contraire, considérer comme de *simples expectatives*, comme des attentes très faibles que la loi nouvelle n'est pas tenue de respecter, celles qui peuvent être détruites par le fait d'un tiers. Telles sont : l'attente de la personne qui est en voie de prescrire, car l'espoir qu'elle a peut lui être enlevé par le fait de celui contre qui elle prescrit (art. 2244 et 2245); l'attente d'un légataire, *tant que vit le testateur*, lequel est le maître de la faire évanouir à son gré (art. 895); enfin, celle d'un héritier présomptif d'une personne *qui est encore vivante* (1).

Une simple *expectative*.

Nous pouvons maintenant étudier quelques espèces.

69. — I. État et capacité des personnes. — Les facultés que la loi nous accorde de faire tel ou tel acte ne constituent point des *droits acquis* et irrévocables, et cela par deux raisons :

L'*état* et la *capacité* des *personnes* constituent-ils des *droits acquis?* Tombent-ils sous l'empire des lois nouvelles?

1° Le législateur ne peut pas renoncer au pouvoir qui lui est confié d'organiser la société elle-même; or, ce serait évidemment y renoncer que d'accorder des facultés qu'il ne lui serait plus permis de modifier ou de détruire, alors même qu'il en reconnaîtrait le danger.

2° Les lois qui règlent la capacité des personnes sont réputées conçues dans l'intérêt même de ceux qu'elles concernent : c'est uniquement pour les protéger qu'elles sont faites; or, qui pourrait soutenir qu'il *a un droit acquis à n'être pas protégé?*

Ainsi, les facultés que nous avons ne constituent point des droits acquis; la loi qui les accorde *permet*, mais elle *ne s'oblige point*. Elle peut donc toujours retirer ou modifier sa permission. Et, en le faisant, elle ne jette point la perturbation dans la société; elle la protège, au contraire, puisqu'elle corrige les vices de la législation qu'elle abroge ou qu'elle modifie. Quant aux particuliers qu'elle atteint, ils ne perdent que des espérances sur lesquelles ils n'avaient pas dû compter : car mille circonstances pouvaient en empêcher la réalisation. Tous ont pu, d'ailleurs, prévoir la nécessité d'un changement et, par conséquent, être préparés d'avance à le subir sans se plaindre.

69 *bis*. — Il est bien entendu, au reste, que ce principe ne s'applique que *salvo jure acquisito*, en respectant les faits consommés sous la garantie de la loi existante au moment où ils ont été accomplis. Il faudrait, en effet, pour les modifier, anéantir ou modifier des conditions, des qualités, sur lesquelles les particuliers ont légitimement et fortement compté, puisque c'est dans le but de les acquérir qu'ils ont agi : ce serait les blesser trop cruellement, et sans grand profit pour la société, que les tromper ainsi dans leurs légitimes attentes.

Ne faut-il pas apporter un tempérament à cette règle?

(1) Blondeau, *De l'effet rétroactif des lois;* MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 21; Duvergier, *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 1 et suiv.; Demol., t. I, nos 37 et suiv.; Dem., t. I, p. 40 et suiv.; Aubry et Rau, t. I, § 30, note 2.

Ainsi, 1° une loi vient-elle à changer les conditions d'âge pour contracter mariage : elle régira toutes les personnes qui voudront se marier à l'avenir; quant aux mariages célébrés sous l'empire de l'ancienne législation, la loi nouvelle ne les atteindra pas.

2° La loi nouvelle peut rendre immédiatement majeur celui qui ne l'était pas, et réciproquement replacer en tutelle ceux qui étaient majeurs sous l'ancienne loi ; quant aux actes qu'ils ont passés, leur validité sera appréciée d'après les règles de la loi existante au moment où ils ont été accomplis.

3° La loi qui change la capacité de *tester* régit tous ceux qui n'ont pas encore testé, ou qui, ayant déjà testé, sont encore vivants ; les testaments de ceux qui sont décédés sous l'empire de l'ancienne loi sont respectés.

4° La capacité de transmettre ou d'acquérir subit l'influence de la loi nouvelle, quant aux successions non encore ouvertes au moment de sa promulgation; les successions déjà ouvertes sont réglées par l'ancienne loi.

Quant aux actes entre-vifs, tels que les donations, les ventes, les échanges, la capacité des parties doit évidemment être appréciée d'après la loi existante au moment où ils ont eu lieu. Ces actes, en effet, ne font pas naître de simples espérances; ce sont des événements finis, consommés, d'où résultent pour les parties des droits acquis (1).

Par quelle loi est réglée la *forme* des actes?

70. — II. De la forme des actes. — L'acte revêtu de toutes les formes prescrites par la loi en vigueur au moment de sa passation est entièrement achevé et consommé dans sa forme extérieure : dès lors, qu'importe que ces formes soient abandonnées ou changées par une loi nouvelle? Cette innovation ne peut pas enlever aux actes antérieurs le caractère de perfection qu'ils avaient. Autrement, et rien ne serait plus absurde ni plus injuste que cette rétroactivité, on punirait ceux qui les ont accomplis d'avoir exécuté ce que la loi en vigueur leur commandait de faire !

Ainsi, *la forme* des actes est soumise à la loi du jour où on les a faits : *tempus regit actum*. Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer entre les actes entre-vifs, qui, dès qu'ils sont régulièrement faits, confèrent des droits certains, et les actes de dernière volonté, qui ne donnent que de simples espérances tant que le disposant n'est pas décédé. Dans l'espèce, en effet, il ne s'agit ni de la capacité du disposant, ni de l'irrévocabilité de l'acte, mais seulement de la régularité de sa *forme* extérieure, et, sous ce rapport, tout est consommé (2).

Quelle loi faut-il suivre en ce qui touche la

71. — III. De la preuve et de l'interprétation des actes. —

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 63, notes 20 et suiv.; Demol., t. I, n° 45; Laurent, t. I, n°s 169 et suiv.

(2) MM. Aubry et Rau, t. I, p. 59; Demol., t. I, p. 60, n°s 49 et suiv.; Laurent, t. I, n°s 201 et suiv.

Si la loi qui a organisé la théorie des preuves ou tracé les règles d'après lesquelles les actes doivent être interprétés, vient à être changée, c'est encore la loi existante au moment de la passation des actes qui devra être observée : car ce n'est évidemment qu'à elle que ceux qui les ont faits se sont référés; c'est sur elle, et sur elle seulement, qu'ils ont compté (1).

preuve des actes et la manière de les interpréter?

72. — IV. De la procédure a suivre lorsqu'un droit étant contesté, on veut le faire reconnaitre et en obtenir l'exécution. — Lorsque deux lois successives ont été en vigueur sur la procédure à suivre, quelle loi faut-il appliquer aux droits acquis antérieurement à la nouvelle loi? Ici c'est la loi nouvelle qu'il faut suivre. Et, en effet, les parties qui contractent ne se préoccupent pas des formalités de procédure ou d'exécution qu'elles seront obligées de suivre si leurs droits sont plus tard contestés; elles ne portent pas si avant leur pensée dans l'avenir. Ce n'est donc pas les tromper dans une attente sérieuse que les soumettre au mode de procédure que la loi nouvelle a cru devoir introduire comme étant le plus sûr pour la bonne administration de la justice (art. 1041, C. pr.).

Quid, quant à *la procédure* à suivre pour faire reconnaître un droit acquis et pour en obtenir l'exécution ?

73. — V. Des lois pénales. — Il faut ici distinguer si la loi nouvelle est *moins* ou *plus* favorable à l'accusé que l'ancienne. Au premier cas, c'est-à-dire si la loi nouvelle est plus dure que l'ancienne, c'est l'ancienne qu'on applique (art. 4, C. pén.). Au second cas, c'est-à-dire si la loi nouvelle est plus douce que l'ancienne, c'est elle qui doit être suivie (2). La loi, en effet, doit être réputée rétroactive toutes les fois qu'elle peut l'être sans préjudicier à personne (voy. le n° 67); or, la société n'a aucun intérêt à l'application d'une peine qu'elle a elle-même jugée inutile. Les lois pénales ont pour but, non pas de faire souffrir le coupable, mais d'empêcher, par une crainte salutaire, le retour des actes qu'elles défendent : la peine n'est pas une *vengeance,* c'est un exemple (3) ! Quand donc la société juge qu'une peine plus douce est suffisante pour servir d'exemple à l'avenir, ce serait une dureté sans motif que ne pas l'appliquer aux faits accomplis, mais non encore jugés.

Quid, quant aux *lois pénales?*

Quant aux faits jugés, la loi nouvelle ne peut évidemment pas leur être appliquée. La justice n'a point, dans ce cas, qualité pour réviser ses jugements; aucun texte de loi ne lui accorde ce pouvoir. Les condamnations prononcées sous l'empire de l'ancienne loi sont donc maintenues, sauf au chef de l'État à user de son droit de grâce.

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 78, notes 65 et 66; Demol., t. I n° 54; Laurent, t. I, n° 230.

(2) MM. Demol., t. I, n°s 64 et 65; Bertauld, *Cours de C. pén.*, p. 170 et suiv. de la 4e édition; Trébutien, *Cours élémentaire de droit crim.*, t. I, p. 81 à 83; Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, 1re étude, p. 41 et suiv.

(3) Les magistrats parlent souvent de la *vindicte* publique : c'est un vilain mot, qui ne devrait jamais être prononcé dans le sanctuaire de la justice.

Quid, enfin, quant aux *lois interprétatives?*

74. — VI. Des lois interprétatives. — Les lois explicatives d'une loi antérieure, ayant uniquement pour objet de déclarer que cette loi a toujours dû être entendue en tel sens, doivent nécessairement servir de règle même pour les faits antérieurs à leur promulgation : elles sont, en effet, contemporaines de la loi qu'elles expliquent et à laquelle elles se rattachent par le fait même de l'interprétation (1).

Il est bien entendu, au reste, que les lois interprétatives n'ont aucune influence sur les affaires déjà terminées par une transaction ou par un jugement passé en force de chose jugée.

§ III. — *Des personnes et des biens régis par les lois françaises.*

Art. 3.

Quelle loi faut-il suivre lorsqu'un tribunal est appelé à statuer sur un point réglé en sens divers par une loi *française* et par une loi *étrangère?*

75. — L'article 2, supposant un conflit entre deux lois françaises successivement rendues sur un même objet, le règle par le principe de non-rétroactivité. L'article 3 suppose un conflit d'une autre nature. Il se peut qu'un tribunal français soit appelé à statuer sur un point réglé en sens divers par une loi française et par une loi étrangère : laquelle de ces deux lois faut-il observer ? Notre article répond à cette question. Il distingue, à cet égard : 1° les *lois de police et de sureté ;* 2° *les lois personnelles* et les *lois réelles*. Nous aurons à étudier la même question, 3° quant aux lois qui régissent *la forme des actes*.

Quelles personnes sont régies par les lois *de police et de sûreté?*

76. — I. Des lois de police et de sureté. — Les lois de cette espèce obligent *indistinctement* tous ceux qui habitent la France ou qui s'y trouvent accidentellement; il n'existe, à cet égard, aucune différence entre les étrangers et les Français (2).

Cette règle a deux motifs :

Pourquoi ces lois régissent-elles même les étrangers ?

1° Chaque État a le droit de veiller à sa conservation ; or, comment un Etat pourrait-il atteindre ce but, s'il existait dans son sein des hommes libres d'y porter impunément le désordre!

2° Dans le cours de son voyage en France, ou pendant qu'il y réside, l'étranger est admis au bénéfice des lois qui assurent la sécurité des personnes et de la propriété; elles le protègent aussi énergiquement, et avec autant de sollicitude, que s'il était Français : il doit donc les respecter à son tour. S'il manque à ce devoir, il est coupable. Qu'il ne dise point qu'il a ignoré les lois dont on lui reproche la violation ! cette excuse ne serait pas admise : c'était à lui à se renseigner avant de passer la frontière.

Que faut-il entendre

Les lois de police et de sureté sont celles qui assurent la prospé-

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 60, notes 9 et 10; Demol., t. I, n° 66; Laurent, t. I, n° 167.

(2) Cette disposition ne s'applique ni aux ambassadeurs, ni à leur famille, ni aux gens de leur suite. Les délits que ces personnes commettent en France ne sont point jugés par nos tribunaux. Le gouvernement prend alors les mesures qu'il juge convenables vis-à-vis de la nation à laquelle appartient le délinquant (Portalis, dans son *Exposé des motifs*).

rité et la grandeur du pays, en protégeant la tranquillité, la liberté, la propriété, la sécurité des citoyens. Il faut évidemment ranger dans cette classe toutes celles qui établissent des peines contre les crimes, les délits et les contraventions. Mais ne faut-il pas aller plus loin et y comprendre également toutes celles qui, bien qu'elles n'établissent pas de peine, concernent néanmoins ***l'ordre public***? La jurisprudence admet l'affirmative. Ainsi les tribunaux, bien qu'incompétents pour prononcer la séparation de corps entre époux étrangers, pourvoient à la sûreté de la femme, en l'autorisant à quitter le domicile conjugal et à se retirer dans un lieu qu'ils désignent. On a même jugé qu'un mari étranger peut être forcé, dans l'intérêt de l'ordre public, de fournir des aliments à sa femme. Merlin va plus loin encore : il pense qu'on peut pourvoir à la tutelle provisoire d'un mineur étranger qui se trouve en France sans protection. Ce sont, dit-on, des mesures conservatoires et d'urgence pour lesquelles la bonne police d'un pays exige que les magistrats du lieu soient toujours compétents (1).

par *lois de police et de sûreté?*
Faut-il ne ranger dans cette classe que des lois *pénales?*

— Les faits criminels commis à l'étranger échappent à notre juridiction, alors même que leurs auteurs viennent sur notre territoire et se trouvent à la disposition des autorités françaises. Cependant les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle contiennent quelques exceptions à ce principe (voy. la loi du 27 juin 1866).

Les faits criminels commis à l'étranger sont-ils soumis à notre juridiction?

77. — II. Lois ou statuts (2) personnels. — Lois ou statuts réels. — 1° *Signes caractéristiques du statut personnel et du statut réel.* — Les lois *personnelles* sont celles qui règlent l'*état* et la *capacité* des personnes, c'est-à-dire qui déterminent leur condition, leur manière d'être dans la société, le rôle qu'elles y doivent jouer et la manière de le remplir. Telles sont les lois sur la nationalité, le mariage, la filiation, la légitimité, la bâtardise, la puissance maritale ou paternelle, la majorité, l'interdiction et l'émancipation...

Que faut-il entendre par lois *personnelles?*

Les lois *réelles* sont celles qui s'occupent des ***biens***. Telles sont celles qui les divisent en meubles et en immeubles, qui indiquent les droits et charges dont ils sont ou ne sont pas susceptibles, et enfin celles qui organisent les modes de les acquérir et de les transmettre.

Par lois *réelles?*

— La distinction du statut *personnel* et du statut *réel* est souvent fort difficile à faire : car il est bien rare qu'une loi s'occupe absolument et exclusivement des *personnes*, ou qu'elle soit uniquement relative aux *biens*. Comment, en effet, parler des *personnes*

Quid, quant aux lois qui s'occupent tout à la fois des personnes et des biens?
A quel signe alors reconnaître si elles sont *personnelles* ou *réelles?*

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 31, I; Val., *Cours de Code civ.*, t. I, p. 31.

(2) Les anciens auteurs employent toujours, lorsqu'ils parlent du conflit des lois, le mot *statut*, qui désignait autrefois les lois municipales des provinces et des villes (M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 90). Le mot est resté dans la langue du droit. On dit donc indifféremment : les *lois* ou *statuts* personnels, les *lois* ou *statuts* réels.

et des droits qu'elles peuvent avoir, sans s'occuper des *biens* qui, dans la plupart des cas, sont l'objet de ces mêmes droits? et réciproquement, comment traiter des *biens,* régler les droits dont ils sont ou ne sont pas susceptibles, la manière de les acquérir et de les transmettre, sans parler des *personnes,* sujets actifs ou passifs de ces mêmes droits?

Cependant la même loi ne peut pas être à la fois *personnelle* et *réelle :* notre Code ne reconnaît point de *statut mixte.* Il faut donc, lorsque la loi semble réunir les deux caractères de *personnalité* et de *réalité,* distinguer sa nature propre. Mais par quel procédé la reconnaître?

On la reconnaît en cherchant quel a été l'objet *direct* et *principal* de la loi qu'on apprécie : le but *essentiel* et *final* qu'elle s'est proposé détermine sa nature.

Affecte-t-elle directement l'état de la personne, l'universalité de sa condition; lui imprime-t-elle, en un mot, une qualité générale, par exemple, la qualité de mineur, d'interdit, d'époux... : elle est *personnelle,* alors même qu'elle s'occupe *accessoirement* des biens; personnelle dans toutes ses parties, c'est-à-dire même quant à celles de ses dispositions qui se rapportent aux biens. Ainsi, l'hypothèque que la loi accorde au mineur sur les biens de son tuteur, la jouissance légale que le père reçoit sur les biens de son enfant mineur de dix-huit ans, appartiennent au statut personnel, parce que ces dispositions, quoique relatives aux biens, ne sont que les dispositions accessoires d'une loi qui a *directement* et *principalement* pour objet l'état des personnes : l'accessoire suit la nature du principal (1).

A-t-elle, au contraire, les biens pour objet *principal,* les affecte-t-elle *directement* : elle est *réelle*; réelle dans toutes ses parties, même quant à celles de ses dispositions qui ont trait aux personnes. Ainsi, la disposition de l'article 908, qui défend aux enfants naturels de recevoir de leurs père et mère au-delà de la portion que la loi leur assigne, appartient au statut *réel :* car, quoiqu'elle soit motivée par une certaine défaveur résultant de la qualité des personnes, elle n'est, en définitive, qu'une dépendance et un accessoire d'une loi générale, la loi des successions, dont le but final est la *transmission des biens* (2).

— En résumé, les lois *personnelles* sont celles qui s'occupent *principalement* des personnes et *accessoirement* des biens. A l'inverse, les lois *réelles* traitent *principalement* des biens, et *accessoirement* des personnes.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les lois *personnelles* des lois *réelles?*

78. — 2° *Importance pratique de la distinction du statut personnel et du statut réel.* — Les lois *personnelles* régissent les Fran-

(1) Comp. MM. Demangeat, sur Fœlix, *Traité du droit international privé,* t. I, p. 51 et 52; Aubry et Rau, t. I, § 31, notes 18 et 19; Laurent, t. I, nos 96 et 116.

(2) *Contrà,* M. Laurent, t. I, n° 111.

çais partout où ils se trouvent, à l'étranger comme en France. Ainsi, par exemple, ils ne peuvent ni se marier avant dix-huit ans (art. 144), ni adopter avant cinquante (art. 343), bien qu'ils résident dans un pays où le mariage est permis à quinze et l'adoption à vingt-cinq. En d'autres termes, lorsque les tribunaux français apprécient des actes faits par un Français à l'étranger, ils doivent consulter, pour déterminer sa *capacité*, non pas la loi du pays où ils ont été faits, mais la loi française.

Cette règle sert de sanction à nos lois : elles seraient, en effet, inefficaces si les nationaux pouvaient s'y soustraire en allant faire à l'étranger ce qui n'est pas permis en France. (Portalis, dans son *Exposé des motifs.*)

Les lois *réelles* régissent les *immeubles,* alors même qu'ils appartiennent à des étrangers. Ainsi, par exemple, un étranger ne peut pas constituer, sur les immeubles qu'il a en France, des servitudes que la loi de son pays autorise, mais que la loi française ne tolère pas. De même, lorsque des immeubles situés en France font partie de la succession d'un étranger, ses enfants les recueillent *par égales portions* (art. 745), alors même que la loi du pays auquel cet étranger appartient attribue une plus forte part à l'aîné. Aucune portion du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain, comme aucune personne habitant le territoire ne peut être soustraite à sa surveillance. La souveraineté est indivisible; or, elle cesserait de l'être si les portions du même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain. (Portalis, dans son *Exposé des motifs.*)

79. — *Questions.* — Les lois qui concernent *l'état* et la *capacité* des Français les régissent même à l'étranger. La réciproque est-elle vraie? Les lois qui concernent *l'état* et la *capacité* des étrangers, les régissent-elles, même en France? En d'autres termes, doit-on, lorsqu'il s'agit de décider s'ils ont ou non tel état, s'ils sont ou ne sont pas capables de faire tel ou tel acte, consulter la loi de leur pays, ou la loi française?

Les lois qui concernent *l'état* et la *capacité* des étrangers les régissent-elles même *en France?*

On admet généralement que c'est la loi de leur pays qui les régit. Le texte même de notre loi et la discussion à laquelle elle a donné lieu confirment cette décision.

Le texte même de notre loi... Il y est dit, en effet : 1° que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux, étrangers ou Français, qui habitent le territoire; 2° que les immeubles situés en France sont régis par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers; 3° que les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes suivent les Français partout où ils passent. Cette dernière disposition fait antithèse avec les deux précédentes; *il n'y est question que des Français.* Qu'en conclure, si ce n'est que *les étrangers* ne sont pas soumis aux lois françaises sur l'état et la capacité des personnes?

La discussion à laquelle notre article a donné lieu... L'article 3 du projet du gouvernement portait : « Les lois obligent *indistincte-*

ment tous ceux qui habitent le territoire. » Si cette disposition eût été maintenue, l'état et la capacité des étrangers résidant en France eussent été réglés par la loi française au lieu de l'être par celle de leur pays ; mais M. Tronchet la fit rejeter, précisément par cette raison ***que les étrangers ne sont pas admis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes.***

Ainsi, l'état et la capacité des étrangers sont, même en France, régis par les lois de leur pays (1).

Quelques personnes n'apportent-elles pas un double tempérament au principe que l'état et la capacité des étrangers sont, même en France, régis par la loi de leur pays?

79 *bis.* — Toutefois, quelques auteurs apportent à ce principe un double tempérament. L'état et la capacité des étrangers sont, disent-ils, régis, même en France, par la loi personnelle de leur pays, *à moins :*

1° Que cette loi ne consacre un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, tel, par exemple, que la polygamie ou l'esclavage (2) : sur ce point, tout le monde est d'accord ;

2° Qu'elle ne fasse préjudice aux Français qui se sont mis en relation d'affaires avec eux. Ainsi, lorsqu'un étranger, mineur selon la loi de son pays, mais qui serait majeur selon la loi française, a contracté avec un Français qui l'a cru capable, nos tribunaux doivent maintenir le contrat. L'étranger qui en demande la nullité ne doit pas être écouté ; autrement, il n'y aurait aucune sécurité pour les Français qui traiteraient avec des étrangers (3).

Cette seconde restriction à notre principe est contestée, et avec raison, ce me semble. Un principe est posé, on le reconnaît ; puis, lorsqu'on arrive à l'application, on le rejette parce qu'il présente quelques dangers ! Ce n'est pas interpréter la loi ; c'est tout bonnement l'abroger, sous prétexte qu'elle est mauvaise (4).

Les meubles qu'ont les étrangers en France sont-ils régis par la loi étrangère?

80. — Les *immeubles* situés en France sont régis par la loi française, lors même qu'ils appartiennent à des étrangers. La loi ne dit rien des *meubles* que les étrangers peuvent avoir en France. Qu'en faut-il conclure? Faut-il dire qu'à la différence des *immeubles,* ils sont régis par la loi étrangère, ou qu'ils sont, de même que les *immeubles,* soumis à l'empire des lois françaises?

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les meubles *considérés individuellement* sont régis par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers. Ainsi, nos lois sur les privilèges, sur les voies d'exécution, sur la prescription,

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 80 et suiv. ; Dur., t. I, n° 93 ; Fœlix, n°s 30 et suiv. ; Demol., t. I, n° 98 ; Aubry et Rau, t. I, § 31, note 23 ; Laurent, t. I, n°s 83 et suiv. — *Contrà,* M. Alauzet, *Du statut personnel des étrangers résidant en France* (1872).

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 85 et 86 ; Demangeat, *sur Fœlix*, t. I, p. 30 et 31.

(3) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 85 et 86.

(4) Voy. M. Laurent, t. I, n° 84.

eur sont applicables. Un étranger loue une maison et y apporte es meubles : ces meubles seront affectés par privilège au paie-ient des loyers, conformément à l'article 2102 de notre Code civil, t, s'il ne paie pas, saisis et vendus conformément à notre Code le procédure.

Mais, quant aux meubles *considérés comme universalité*, c'est-à-ire au point de vue de leur transmission par succession, la quesion est vivement controversée.

Les uns appliquent la loi étrangère. Ils argumentent par *à con-rario* de l'article 3, qui ne soumet expressément que les *immeubles* la loi française. Ils ajoutent : Les meubles, étant ambulatoires, 'est-à-dire susceptibles de déplacements rapides et répétés, n'ont oint de situation particulière ; aussi notre ancien droit les répuait-il toujours situés au domicile de leur propriétaire : *mobilia ssibus personæ inhærent,* disait-on. Cette fiction eut pour conséquence nécessaire de les soumettre au statut du domicile de leur ropriétaire ; or, rien ne nous autorise à croire que le Code l'ait bandonnée (1).

Les autres, à l'inverse, les régissent toujours par la loi franaise. Si, disent-ils, notre article 3 n'a parlé que des *immeubles*, 'est sans doute parce qu'on a considéré que l'action de la loi sur es *meubles* était tout à fait précaire, à cause de la faculté qu'a le ropriétaire de les soustraire à son empire en les déplaçant. Les mmeubles, au contraire, ne pouvant point échapper à son action, nt seuls appelé son attention. Quant à la fiction *mobilia ossibus ersonæ inhærent,* elle était possible dans notre ancien droit, alors ue chaque province, chaque localité, avait des lois particulières : n soumettant les meubles au statut du domicile du propriétaire, n ne portait, en effet, aucune atteinte à l'autorité du souverain, uisque c'était sa loi même qu'on appliquait. Mais lorsque le conit se présente entre la France et une autre nation, la même ficon n'est plus possible, puisqu'elle aurait pour effet de blesser la ouveraineté française en appliquant à des biens qui, en fait, sont tués sur son territoire, des règles prescrites par une autorité trangère.

Dans un troisième système, on suit la loi étrangère *toutes les is qu'il n'en résulte pas d'inconvénients graves pour la France.* ette règle, que notre article 3 paraît supposer par son silence, est ndée sur une juste réciprocité d'égards entre les nations euroéennes (2).

81. — III. Des lois qui régissent la forme des actes. — La rme extérieure des actes est régie par la loi du pays où on s fait : *locus regit actum.* Notre Code fait lui-même l'applica- Quelles lois régissent la *forme* des actes?

(1) MM. Dur., t. I, nº 90 ; Aubry et Rau, t. I, § 31, notes 51 et 52 ; Laurent, I, nºs 117 et suiv.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, p. 99 ; Demangeat, *De la cond. civ. des étr. en rance ;* Demol., t. I, nº 94.

tion de cette règle, dans les articles 47, 170 et 999. Elle était même dans le projet du gouvernement, consacrée par un article formel Cet article, il est vrai, n'a pas été maintenu; mais le motif qu le fit rejeter est décisif : cette disposition, dit-on, est inutile, *tan est évident le principe qu'elle consacre.*

Son évidence est, en effet, manifeste. Les officiers publics auxquels on est obligé de s'adresser pour faire certains actes, ne peuvent instrumenter que selon les solennités prescrites par la loi de la nation qui les a institués : c'eût donc été, en fait, défendre aux Français de passer des actes à l'étranger, de s'y marier par exemple, que leur imposer l'obligation d'y suivre, pour les faire valablement, des formes qui ne peuvent pas être remplies.

Ne faut-il pas distinguer les *formes* de l'acte des *conditions* de sa validité? Quelles lois faut-il suivre lorsqu'un Français épouse, à Londres, une femme espagnole?

Ainsi, l'acte fait selon les formes usitées dans le pays où il a lieu est partout régulier. — Toutefois, il ne faut pas confondre les *formes* de l'acte avec les autres *conditions de sa validité.* Ces conditions sont réglées par la loi du domicile des parties, si l'acte dont il s'agit est relatif à leur état, ou par la loi de la situation, s'il s'agit de la propriété de leurs biens (1). Vous voulez vous marier à Londres avec une femme espagnole : quelles lois devront être observées? La loi française, quant à vous, et la loi espagnole, quant à votre future, *pour ce qui concerne les conditions d'âge et toutes celles qui rendent le mariage possible;* enfin la loi anglaise, quant aux FORMES *à suivre pour sa célébration* (2). — Vous pouvez également tester à l'étranger selon les *formes* prescrites par la loi du pays où vous testez; mais pour tout ce qui concerne votre *capacité* et la *disponibilité* de vos biens situés en France, la loi française devra seule être consultée.

Un Français peut-il se marier à l'étranger selon les formes françaises?

82. — Dans les pays où se trouvent accrédités par le gouvernement français des consuls ou des agents diplomatiques, les Français peuvent se marier ou tester, soit devant le consul ou l'agent diplomatique, et selon les formes françaises, soit devant l'officier public étranger, selon les formes de son pays (voy. l'explic. des art. 48 et 170).

Les actes qui, selon la loi française, ne peuvent être faits que dans la *forme authentique,* peuvent-ils être valablement faits à l'étranger dans la *forme sous seing privé,* lorsque la loi du pays où ils sont faits admet cette forme?

83. — Une question nous reste à examiner. Il existe en France certains actes, tels que le contrat de mariage, les donations..., qui ne peuvent être faits que dans la forme authentique, c'est-à-dire devant un officier public et avec certaines solennités, en l'absence desquelles ils sont nuls. Dans certains pays, au contraire, les mêmes actes peuvent être valablement faits dans la forme sous seing privé. Supposons-les donc passés en cette forme par un Français qui y réside : seront-ils valables en France?

M. Duranton tient la négative. La règle *locus regit actum* est, dit-il, fondée sur la nécessité des choses; elle n'a pas d'application en dehors de cette nécessité : un officier public ne pouvant instrumenter que selon les formes prescrites par le pouvoir qui

(1) Demante, t. I, p. 49.
(2) M. Demangeat, *sur Fœlix*, t. I, p. 44.

'a institué, la loi française n'a pas pu exiger, c'eût été demander 'impossible, que les Français qui sont dans la nécessité de s'a-lresser à un officier étranger procédassent selon les formes fran-;aises. Mais lorsqu'elle exige, pour la validité d'un acte, qu'il soit 'ait devant un officier public, le Français qui le fait à l'étranger loit remplir cette condition; il le *doit* parce qu'il le *peut* (1).

L'affirmative a beaucoup plus de partisans. D'abord il n'est pas exact de dire que le Français *peut* toujours, quand il est à l'étran-ger, faire ces actes devant un officier public. En effet, d'une part, certains pays n'ont point d'officiers publics. D'autre part, l'officier public étranger peut refuser de les recevoir : car ces actes, ne pouvant se faire, selon la loi qui le régit, qu'en la forme sous seing privé, sont en dehors de ses attributions et, par suite, de son pouvoir.

La règle *locus regit actum* s'applique, d'ailleurs, à toutes les questions qui touchent aux *formes* des actes ; or, la question de savoir si un acte fait en la forme sous seing privé est ou n'est pas valable, est une pure question de forme.

Toutefois, s'il y a eu dol, si un Français a quitté son pays uni-quement dans le but d'aller faire à l'étranger, en la forme sous seing privé, un acte qu'il n'aurait pu faire en France que dans la forme authentique, cette fraude à la loi ne réussira pas : l'acte ainsi passé pourra être, en France, déclaré nul. La règle *locus re-git actum* n'a été, en effet, posée nulle part; et c'est précisément pour laisser aux juges un certain pouvoir discrétionnaire que les rédacteurs du Code ont évité de la consacrer par un texte for-mel (2).

§ IV. — *De l'application, de l'interprétation et de l'abrogation des lois.*

84. — I. De l'application des lois. — La justice est le premier devoir de la société : c'est pour le remplir qu'on institue des juges.

Comme tout mandataire, les juges doivent accomplir leur man-dat, mais sans en dépasser les limites. De là deux devoirs que la loi leur impose : Art. 4. Quel est le devoir des juges?

1° *Ils doivent terminer par un jugement tous les différends qui leur sont soumis.* — S'il s'abstiennent, sous prétexte du *silence,* de *l'obscurité* ou de *l'insuffisance* de la loi, leur refus constitue un délit, connu sous le nom de *déni de justice,* contre lequel l'article 185 du Code pénal prononce la peine d'une amende de 200 à 500 francs et celle de l'interdiction des fonctions publiques de 5 à 20 ans (voy. aussi art. 505, 506 et 507, C. pr.). Ainsi, quant aux juges, la

(1) En ce sens, voy. aussi M. Laurent, t. I, n° 99.

(2) Merlin, v° *Testam.;* Marc., t. I, p. 58; MM. Demol., t. I, n° 106; Aubry et Rau, t. I, § 31, note 70.

maxime si connue et si sage: ***Dans le doute abstiens-toi,*** n'a poin[t] d'application.

Quid, lorsque la loi est formelle, mais contraire à l'équité naturelle?

85. — Lorsque la loi est claire, formelle, le juge doit la suivre alors même que son application paraît peu raisonnable et contrair[e] à l'équité naturelle : ***Dura lex, sed lex !*** Un bon magistrat humili[e] sa raison devant celle de la loi : car il est institué pour juger selo[n] elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, e[t] c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions, sous prétexte qu[e] l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il n[e] peut pas y avoir, de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi (voy. le n° 8).

Malheureusement, cette règle n'est pas assez bien compris[e] dans la pratique. On voit tous les jours des juges traiter de vaine[s] subtilités les décisions du droit positif et le pervertir à force d'équité ! Ce sont de mauvais juges ! Je ne sais rien qui soit, en jurisprudence, plus dangereux que cette manie de préférer à la règle toujours fixe de la loi les prestiges si souvent trompeurs de l'équité naturelle. L'équité, c'est le caprice pour loi, l'anarchie sous les apparences de l'ordre, l'auxiliaire de ceux qui, par orgueil ou par intérêt, mettent leur raison au-dessus de la règle. Tout le monde en parle, mais personne ne la définit. Croit-on l'avoir suffisamment caractérisée lorsqu'on dit d'elle que c'est ***une lueur de raison que la nature a mise dans tous les esprits ?*** Cette lueur de raison n'existe assurément pas au même degré chez tous les hommes ; elle est plus ou moins vive suivant les temps et les lieux, suivant notre âge, notre éducation et mille autres circonstances. Chacun comprend donc l'équité à sa manière, et c'est précisément parce qu'elle est variable selon le caprice et les passions des hommes que les législateurs ont senti le besoin d'en fixer les règles par des lois écrites.

Ils n'ont pas sans doute réussi toujours ; mais ce n'est pas, que je sache, aux juges qu'appartient le droit de corriger les erreurs qui ont pu être commises. Autrement, quelle sécurité y aurait-il ? Nos lois ne seraient plus qu'une lettre morte ! Rien ne serait garanti ; nos droits les plus sacrés seraient eux-mêmes compromis.

Le peuple, avec son instinct naturel, le comprend bien. Dieu nous garde de l'équité des Parlements ! disait-il autrefois. Les habitants de la Savoie conquise par François Ier demandèrent, par grâce, à ce monarque, de n'être pas jugés selon l'équité. Cette requête parut étrange d'abord ; mais, après y avoir mûrement réfléchi, on la trouva fort sensée.

Que doit faire le juge lorsque la loi est obscure?

86. — Lorsque la loi est obscure, le juge doit s'efforcer d'en découvrir le sens, en recourant aux règles de l'interprétation. Je dirai tout à l'heure quelles sont ces règles.

Quid, si la loi se tait absolument, si elle n'a prévu, ni directement ni indirectement, le cas qui donne lieu au procès?

Mais, si la loi se tait absolument, si elle n'a pas prévu, ni directement, ni indirectement, le cas qui donne lieu au procès, quel parti doit-il prendre ? Il ne lui est pas permis de s'abstenir, notre article 4 le lui défend. Décider d'après la loi, il ne le peut, puisque

Le juge peut-il alors condamner le défendeur?

Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer les matières civiles des matières criminelles?

la loi est absolument muette. Peut-il alors recourir aux règles de l'équité naturelle?

Il ne le peut pas *en matière criminelle :* car, en cette matière, tout ce qui n'est pas défendu directement est licite : les arguments d'analogie ne sont pas permis, au criminel. On n'y tolère même pas les arguments *á fortiori*. Il n'y a de peines applicables, en un mot, que celles qui sont prononcées par une loi bien positive (voy. ci-dessous, le n° 88, 10°).

Que fera donc le juge, si l'accusation porte sur un fait que la loi n'a pas réputé crime, et contre lequel, par conséquent, elle n'a créé aucune peine? Il devra rendre un jugement, car il ne peut suspendre son ministère sans se rendre coupable d'un déni de justice; mais son jugement *devra, nécessairement, être favorable à l'accusé, qui sera absous :* NULLA PŒNA SINE LEGE.

Faut-il, *en matière civile,* suivre la même théorie?

Quelques personnes admettent l'affirmative. Lors, disent-elles, que les tribunaux civils reconnaissent qu'aucune loi n'a prévu, ni directement ni indirectement, le cas qu'ils ont à juger, leur devoir est tout tracé : ils doivent *débouter le demandeur, alors même que sa prétention est fondée en équité.* Tout demandeur est, en effet, tenu d'établir, sous peine de succomber, que sa prétention est fondée *selon la loi* (1).

Suivant l'opinion générale, au contraire, les juges doivent, alors même que la loi est absolument muette, *admettre la prétention du demandeur,* si elle leur paraît juste *selon l'équité naturelle* (2). Tel est, je crois, le système qu'il faut suivre. Je le trouve consacré de la manière la plus formelle dans les travaux préparatoires du Code. Vivement attaqué, il fut éloquemment défendu par plusieurs orateurs, et notamment par M. Portalis, qui le fit triompher. M. Portalis fit remarquer, en réponse aux objections qui lui étaient faites, que le pouvoir de juger selon l'équité est nécessaire, parce que la loi, qui se ressent de l'imperfection des hommes, n'a pas pu prévoir tous les cas qui peuvent se présenter...; que le cours de la justice serait souvent interrompu si l'équité n'était pas le supplément naturel des lois; qu'entre ces deux inconvénients graves, celui de laisser le cours de la justice interrompu, ou d'abandonner quelque chose à la conscience des juges, il valait mieux souffrir ce dernier...; que, s'il est vrai qu'au criminel il n'est pas nécessaire de punir quand la loi est muette, il est toujours nécessaire de terminer les différends que les lois faites ne terminent pas et que les lois à faire ne pourraient pas terminer sans blesser le principe de la non-rétroactivité...; qu'il importait que les juges pussent, afin d'assurer la paix des citoyens, recourir *au ju-*

(1) Blondeau, dans sa *Chrestom.*; M. Demol., t. I, n° 113.

(2) Delvincourt, t. I, p. 11 des notes; Dem., t. I, p. 52; Marc., sur l'article 4; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 4. — Voy aussi M. Laurent, t. I, n°s 254 et 255.

gement d'équité quand la loi est muette. Ces considérations ayant prévalu, le principe fut proclamé (1).

En résumé, lorsqu'un conflit paraît exister entre la loi et l'équité naturelle, c'est la loi qui l'emporte.

Lorsqu'en *matière civile* la loi est absolument muette, ou lorsqu'il est impossible de découvrir, par l'interprétation, la véritable pensée de la loi, les juges peuvent alors, mais alors seulement, motiver leur jugement sur des considérations exclusivement tirées de l'équité naturelle (2).

En matière criminelle, le silence ou l'obscurité de la loi profite toujours à l'accusé, qui doit être absous.

Art. 5.

Les juges peuvent-ils prononcer par voie de disposition *générale* et *réglementaire?*

Qu'est-ce que prononcer par voie de disposition générale et réglementaire?

87. — 2° *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition* GÉNÉRALE *et* RÉGLEMENTAIRE, *sur les causes qui leur sont soumises.*—Les décisions par voie *générale* et *réglementaire* sont celles par lesquelles un tribunal, jugeant un fait particulier qui lui est soumis, décide qu'à l'avenir tous les faits identiques seront par lui jugés de la même manière.

Nos anciens Parlements ont plusieurs fois rendu, sous le titre d'*Arrêts de règlement,* des décisions de cette nature. Tant qu'elles n'étaient pas abrogées par le roi en son Conseil, elles étaient obligatoires pour le Parlement qui les avait rendues, ainsi que pour tous les tribunaux qui faisaient partie de son ressort (voy. le n° 19 *bis*).

Il n'en est plus de même aujourd'hui; les tribunaux ne peuvent plus se lier pour l'avenir. Il ne leur est point permis de prendre l'engagement de rendre toujours des décisions conformes à celles qu'ils ont déjà rendues.

Pourquoi ne peuvent-ils pas prononcer de cette manière?

Cette innovation a deux motifs :

1° Il importe à la bonne administration de la justice que les pouvoirs législatif et judiciaire ne soient pas réunis dans les mêmes mains; ce principe est fondamental; toutes nos Constitutions l'ont reconnu. Or, les décisions *générales* et *réglementaires* sont de véritables *lois :* les juges doivent donc s'en abstenir. Autrement, le principe de la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire serait violé, puisque le pouvoir judiciaire aurait le double droit de faire des lois et de les appliquer.

A chacun son rôle. Le législateur fait les *lois*; les juges les ap-

(1) Voy. Fenet, t. VI, p. 21 et suiv., 76 et 77, 93, 106, 107, 150, 166, 188, 268, 269, 359 et suiv. — Un membre du Tribunat proposa d'attribuer au Sénat conservateur, érigé en *jury d'équité,* le droit de juger les cas que les tribunaux déclareraient n'avoir pas pu juger faute d'une loi. Un autre demanda que ces cas fussent jugés par des arbitres désignés par les tribunaux. Ces propositions furent rejetées. On laissa *aux tribunaux* le droit qu'on voulait attribuer au *Sénat conservateur* (voy. Fenet, t. VI, p. 75 et suiv.).

(2) Ce cas se présentera bien rarement dans la pratique. Nos lois sont, en effet, si nombreuses et si remplies de détails, les principes qu'elles posent sont si larges et si féconds, qu'on est à peu près sûr, pour peu qu'on ait l'esprit exercé, d'y rencontrer, quelle que soit la nature de l'affaire à juger, la base d'une décision juridique.

pliquent aux différends qui leur sont soumis : ils rendent des *jugements*.

La *loi* est une règle de conduite obligatoire pour tout le monde. Les *jugements* n'obligent que ceux qui ont été *parties* au procès, leurs *héritiers* ou *ayant-cause*. En dehors de la contestation qu'ils tranchent, ils n'ont aucune autorité. (Voy. l'explic. de l'art. 1351.)

Quelles différences y a-t-il entre une *loi* et un *jugement?*

La *loi* n'a point d'effet dans le passé ; elle ne règle que l'avenir, c'est-à-dire les faits postérieurs à sa promulgation. — Les *jugements* ne s'appliquent qu'à des faits passés, accomplis.

2° Si chaque tribunal pouvait rendre des décisions générales et réglementaires, il y aurait bientôt autant de lois particulières qu'il y a de manières différentes d'interpréter les mêmes lois ; nous retomberions dans cette diversité de coutumes, de statuts locaux, qui régissaient autrefois notre territoire. L'unité de la loi, ce grand bienfait de la civilisation, serait ainsi détruite.

88. — II. De l'interprétation des lois. — L'*interprétation* consiste à déterminer, par le secours du raisonnement, le véritable sens des lois obscures ou ambiguës. Les règles qui doivent la diriger sont fort nombreuses ; je me borne aux plus nécessaires.

Qu'est-ce qu'*interpréter* une loi ?

1° Les législateurs puisent souvent leurs inspirations dans les anciennes lois, qu'ils ne font qu'améliorer et accommoder aux mœurs de leur temps : il importe donc de les étudier, et, pour les bien comprendre, de consulter les anciens auteurs qui les ont commentées. (Voy. ce que j'ai dit, à ce sujet, sous le n° 36).

Quelles règles faut-il suivre pour parvenir à en découvrir le véritable sens?

2° Les circonstances qui ont donné naissance à la loi révèlent son esprit : il est toujours utile de les connaître.

3° L'exposition de ses motifs, les observations et discours auxquels elle a donné lieu, la mettent en lumière : l'étude de ces travaux préparatoires est essentielle (voy. le n° 36).

4° L'usage est un excellent interprète de nos lois ; Justinien le considérait comme le plus sûr : *Optima est legum interpres consuetudo,* disait-il. C'est qu'en effet les lois ne sont souvent que la consécration des règles dont l'utilité a été démontrée par une constante pratique.

5° Les diverses dispositions dont une loi se compose s'interprètent les unes par les autres ; c'est en les combinant qu'on en découvre le véritable sens : *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ.... judicare* (art. 1161).

6° On peut prendre pour auxiliaires les autres parties de la législation, et, par exemple, interpréter le Code civil par les Codes de procédure ou de commerce : c'est en suivant la filiation des idées qu'on découvre le but que s'est proposé le législateur.

7° La loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure ; la loi spéciale sur la loi générale.

8° Lorsque la loi est susceptible de deux sens, il faut l'entendre dans le sens avec lequel elle peut produire un effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun ; les législa-

teurs mettent tous leurs soins, en effet, à ne pas faire des lois inutiles (art. 1157).

Si les deux sens dont elle est susceptible sont également utiles, on doit naturellement admettre, à moins que le contraire ne soit d'ailleurs démontré, que le plus conforme à l'équité est le véritable : car l'équité est le guide ordinaire du législateur.

9° Le sens qui, à la simple lecture du texte, se présente naturellement à l'esprit, donne presque toujours la véritable pensée de la loi : car les législateurs ne s'amusent point à faire des énigmes.

10° Cependant, la formule qu'ils emploient n'est pas toujours heureuse; il arrive quelquefois qu'elle ne reproduit pas exactement leur pensée : *l'esprit* de la loi peut donc, dans certains cas, l'emporter sur le *texte*.

Ainsi, les conséquences que la *lettre* de la loi autorise doivent être rejetées, lorsqu'elles ne sont pas conformes à son *esprit*. Il faut admettre celle que son texte ne paraît pas comprendre, mais que son esprit justifie.

L'argument *à pari* peut-il toujours être employé?

Toutefois prenons garde! l'argument *à pari* n'est pas toujours bon. Il faut, à cet égard, faire plusieurs distinctions.

Les lois *pénales* ne l'admettent jamais. Tout est de rigueur en cette matière : tout ce qui n'est pas expressément défendu est licite. Les inductions n'étant point permises, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi formelle : *Nulla pœna sine lege* (voy. le n° 86).

Quant aux lois *civiles,* les unes le comportent, les autres y résistent. Sont-elles *favorables,* c'est-à-dire conformes aux principes généraux qui ont servi de base à notre législation : elles peuvent être, par *analogie,* étendues aux cas qu'elles n'ont pas textuellement prévus. Sont-elles, au contraire, *exceptionnelles,* c'est-à-dire sortent-elles du droit commun : elles n'admettent aucune extension; les exceptions ne se suppléent point : *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

L'argument *à contrario* est-il toujours bon?

11° L'argument *qui dicit de uno negat de altero,* connu sous le nom d'argument *à contrario,* est dangereux; il n'est bon que lorsque le résultat auquel il conduit est raisonnable et conforme à l'esprit général de la loi, ou lorsque, partant d'une disposition exceptionnelle, on rentre dans le droit commun.

L'argument, *qui peut le plus peut le moins,* est-il toujours concluant?

12° L'argument, *qui peut le plus peut le moins,* est, en général, fort concluant; cependant il ne faut pas l'admettre lorsqu'il est établi, soit par l'histoire, soit par la nature même de la loi, que le législateur a eu, ce qui arrive quelquefois, des motifs particuliers de prohiber le moins en tolérant le plus (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 1422).

89. — Nous connaissons les règles qui doivent diriger l'interprétation; il importe maintenant d'en étudier les effets.

Combien y a-t-il d'espèces d'interprétation?

Toute interprétation est *doctrinale :* elle consiste toujours à déterminer, par le secours de la science juridique, le sens vrai de

la loi. Quant à ses effets, des distinctions sont nécessaires. L'interprétation, à ce point de vue, est tantôt *purement doctrinale,* tantôt *judiciaire,* tantôt *officielle* ou *réglementaire.*

90. — 1° *Interprétation purement doctrinale.*— C'est celle qui est donnée par les écrivains, par les jurisconsultes; elle n'a aucune force obligatoire. Lorsque les tribunaux la suivent, ce n'est pas parce qu'elle leur est imposée; mais c'est parce qu'après l'avoir vérifiée et trouvée juste, ils se l'approprient.

Qu'est-ce que l'interprétation *purement doctrinale?* Est-elle obligatoire?

91. — 2° *Interprétation judiciaire.* — C'est celle qui est donnée par les juges dans les causes particulières qui leur sont soumises. Elle a une certaine force obligatoire, mais fort restreinte. Elle est obligatoire *quant à l'affaire jugée,* je veux dire quant à la cause qui y a donné lieu. Oui, quant à cette affaire, l'interprétation qui a été donnée est réputée juste pour tout le monde; la loi elle-même la fait sienne. Mais, *en dehors de la contestation même qu'elle a tranchée,* elle n'a aucune autorité et n'engage personne; elle ne lie ni les autres tribunaux, ni même le tribunal qui l'a donnée (art. 1351). Si une autre cause, en tous points semblable, mais *nouvelle,* se présente, le tribunal saisi est libre ou de suivre la première interprétation, ou d'en donner une autre (voy. le n° 93).

Qu'est-ce que l'interprétation *judiciaire?* Quelle force obligatoire a-t-elle?

92. — 3° *Interprétation officielle ou réglementaire.* — C'est celle qui est donnée d'une manière générale; elle oblige tout le monde; les tribunaux n'ont pas le droit de s'en écarter.

Qu'est-ce que l'interprétation *officielle* et *réglementaire?*

Mais qui la donne? Notre législation a beaucoup varié sur ce point. On peut, à cet égard, distinguer quatre époques (1).

Qui la donnait?

1° *Loi des* 16-24 *août* 1790. — Le droit d'interprétation générale et réglementaire appartient au pouvoir législatif. Les tribunaux, lorsque le sens de la loi leur paraît incertain, ont la *faculté* d'en référer au législateur. Le référé est même *forcé,* lorsqu'un jugement ayant été cassé deux fois, le troisième tribunal auquel l'affaire a été renvoyée a jugé de la même manière que les deux premiers : la Cour de cassation doit alors, avant de statuer une troisième fois, attendre un décret interprétatif de la loi. Ce décret, comme la loi, est obligatoire pour les tribunaux.

1° Sous la loi du 24 août 1790?

2° *Loi du* 16 *septembre* 1807. — L'interprétation officielle n'appartient plus au pouvoir législatif; elle est donnée dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire *par le gouvernement, sur l'avis du Conseil d'État.* Le gouvernement, qui a l'initiative des lois, est, disait-on alors, plus en état que tout autre d'en connaître et d'en révéler le sens.

2° Sous la loi du 16 septembre 1807?

3° *Loi du* 30 *juillet* 1828. — Elle restitue l'interprétation au pouvoir législatif. Lorsque la Cour de cassation a cassé deux arrêts ou jugements dans la même affaire, entre les mêmes parties, et attaqués par les mêmes moyens, il en est référé au roi pour être procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi. Dans la session qui suit le référé, une loi interprétative est proposée aux

3° Sous la loi du 3 juillet 1828?

(1) Voy., à ce sujet, M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 102.

Chambres. Mais, comme cette loi peut n'être votée qu'après bien des lenteurs, et que ces retards peuvent tenir indéfiniment en suspens le procès engagé, l'affaire doit être renvoyée à une Cour royale, qui, sans attendre la loi interprétative, juge définitivement; sa décision ne peut plus être attaquée, sur le même point et par les mêmes moyens, par la voie du recours en cassation.

Ainsi, dans ce système, le dernier mot sur la question controversée, au lieu d'appartenir à la Cour de cassation, reste à une Cour royale.

4° Sous la loi du 1er avril 1837? Cette loi est-elle encore en vigueur?

93. — 4° *Loi du* 1er *avril* 1837. — Cette loi est encore en vigueur : il importe de la bien connaître. Elle contient deux innovations :

1° Elle supprime tout *référé* au pouvoir législatif pour l'interprétation des lois. — Mais, bien entendu, elle ne lui retire point la faculté, lorsqu'il se trouve en présence d'une loi dont l'obscurité tient dans le doute des intérêts nombreux, de prendre l'initiative et de faire cesser les alarmes des familles, en fixant, même dans le passé, le sens de la loi; c'est précisément ce qu'il a fait par la loi du 21 juin 1843 (voy. l'explic. de l'art. 931). Nous avons donc aujourd'hui encore de véritables lois interprétatives. Le législateur n'est pas tenu, sans doute, de les donner, mais il en a le droit; aucune Constitution ne lui a retiré ce pouvoir (1).

2° Après la deuxième cassation, la Cour ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée est obligé de se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. Ainsi, l'anomalie introduite par la loi précédente est détruite : le dernier mot, au lieu d'être donné, sur la question controversée, par le troisième tribunal qui en est saisi, reste à la Cour de cassation. Mais, remarquons-le bien, l'interprétation qu'elle donne n'est point *générale et réglementaire*, comme celle qui émane du législateur : elle *n'oblige que le tribunal auquel l'affaire a été renvoyée*, et dans *cette affaire seulement*. Ce même tribunal, les autres tribunaux, la Cour de cassation elle-même, peuvent, *dans toute autre affaire*, suivre une interprétation nouvelle.

Prenons une espèce :

Une Cour d'appel juge que la dot mobilière est *aliénable;* la Cour de cassation, devant laquelle on s'est pourvu, décide qu'elle est *inaliénable :* en conséquence, elle annule la décision qui lui a été soumise, et renvoie le procès devant une autre Cour.

Cette seconde Cour juge comme la première : nouveau pourvoi. De son côté, la Cour de cassation persiste dans sa première interprétation : elle annule le second arrêt comme le premier, et renvoie le procès devant une troisième Cour.

Cette troisième Cour, *dans l'affaire qui lui est renvoyée*, est liée par cette interprétation; il ne lui est pas permis de s'en écarter. Mais que demain une autre affaire, entièrement semblable, s'en-

(1) MM. Demol., t. I, n° 123; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 4.

gage entre d'autres parties, cette Cour, comme toutes les autres, comme tous les tribunaux, pourra, abandonnant l'interprétation de la Cour de cassation, juger que la dot mobilière est *aliénable*.

Je vais plus loin! Je suppose qu'elle la juge *inaliénable* : la Cour de cassation, si un pourvoi est formé, pourra, condamnant elle-même le système qu'elle a suivi dans la précédente affaire, décider qu'elle est *aliénable*. On voit combien les interprétations qu'elle donne sont loin d'être *générales* et *réglementaires*.

94. — III. De l'abrogation des lois, et des conventions par lesquelles les particuliers peuvent ou ne peuvent pas y déroger. — Le pouvoir qui fait la loi, quand il la juge utile, peut la détruire lorsqu'il en a reconnu l'inutilité ou les dangers. Cette destruction de la loi s'appelle *abrogation*.

Qu'est-ce que l'*abrogation* de la loi? A qui appartient le pouvoir d'abroger la loi? Combien y a-t-il d'espèces d'abrogations?

L'abrogation est *expresse* ou *tacite* : expresse, lorsqu'en faisant une loi nouvelle le législateur déclare, en termes formels, qu'il abroge la loi antérieure; tacite, lorsquela loi nouvelle, sans s'expliquer sur la loi antérieure, la contredit par ses dispositions. Mais, bien entendu, l'ancienne loi n'est abrogée que dans celles de ses dispositions que la loi nouvelle contrarie.

Remarquons : 1° qu'une loi n'est pas abrogée par cela seul que les motifs qui l'ont fait édicter ont cessé d'exister : car, tirant sa force de la sanction du législateur, elle est par là même indépendante des faits qui l'ont motivée.

La loi cesse-t-elle d'être obligatoire, lorsque les motifs qui l'ont fait décréter ont cessé d'exister?

2° Qu'un long usage en opposition avec une loi régulièrement promulguée n'y porte aucune atteinte. — Quelques personnes sont d'un avis contraire. Elles soutiennent que, lorsqu'un usage est public, uniforme, général, et réitéré pendant un long espace de temps, il devient l'expression tacite de la volonté de tous et acquiert force de loi; or, si l'usage peut faire la loi, il peut également la détruire (1).

Peut-elle être abrogée par l'usage?

Cette conséquence serait assurément fort logique, si le principe d'où on la déduit était fondé; mais il ne l'est pas! Nos Constitutions ont organisé le pouvoir législatif, elles l'ont soumis à des règles qu'il est tenu d'observer; mais elles n'ont pas, que je sache, constitué, à côté de ce pouvoir régulier, un pouvoir rival et affranchi de toutes règles. Un tel antagonisme eût été l'anarchie. Si on l'eût accepté, on eût au moins établi quelques règles; on eût dit à quels signes, à quels caractères on peut reconnaître si l'usage doit ou non être respecté comme loi, quelle durée, quelle publicité il faut qu'il ait à cet effet, le mode à suivre pour le constater et pour déterminer le moment précis à partir duquel il devient obligatoire, etc.; or, ces règles n'existent point! Qu'en conclure, si ce n'est que ce prétendu pouvoir n'existe pas lui-même? Il est, en effet, bien évident qu'on n'a pas pu abandonner à l'appréciation des juges la question de savoir si tel usage a ou

(1) Toull., t. I, n° 159; Dur., t. I, n° 107.

non les caractères suffisants pour faire loi; c'eût été, en fait, les transformer en législateurs, et nous rejeter dans le régime de l'arbitraire!

Ainsi la loi, tant qu'elle n'a pas été abrogée par le pouvoir législatif régulièrement constitué, doit être obéie (1).

Art. 6.

Les particuliers peuvent-ils, dans leurs conventions ou dans leurs testaments, déroger aux lois?

95. — Les particuliers peuvent, soit dans leurs conventions, soit dans leurs testaments, déroger aux lois ***de pur droit privé***, c'est-à-dire à celles qui n'ont pour objet que l'intérêt personnel et relatif des individus.

Il n'en est pas de même de celles qui intéressent l'***ordre public*** et les ***bonnes mœurs :*** aucune dérogation n'y peut être apportée. Mais qu'est-ce que l'ordre public? A quels signes distinguer les bonnes des mauvaises mœurs? Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit. Aussi la loi s'est-elle abstenue de donner des règles à ce sujet : elle s'en rapporte à la sagesse des tribunaux. Toutefois, comme la distinction entre le droit privé et le droit public, entre les bonnes et les mauvaises mœurs, est quelquefois difficile à faire, elle s'est crue obligée de s'expliquer dans certains cas (voy. les art. 791, 815, 1130, 1453, 1660, 1674).

Les conventions faites en violation d'une loi sont-elles nulles?

96. — Les conventions faites en violation de notre règle ne subissent pas toutes le même sort; la loi pose à cet égard une distinction qu'il importe dès à présent de connaître. La convention faite sous des conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs est-elle *à titre onéreux,* une vente ou un échange : *tout est nul,* la *condition* et la *convention* qui en dépend (art. 1172). Est-elle *à titre gratuit :* la *condition* est réputée *non écrite;* on l'annule, mais on laisse subsister la convention (art. 900).

(1) Blond., *Chrestom.;* Marc., sur l'article 1er; MM. Demol., t. I, nos 35 et 130; Aubry et Rau, t. I, § 29.

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

4e *Répétition.*

97. — L'homme est l'objet de plusieurs sciences. La médecine le considère physiquement, au point de vue des maladies dont il peut être atteint. La science du droit s'en occupe sous un autre rapport : elle le considère au point de vue des qualités qu'il peut avoir, et qui deviennent pour lui la source de ses devoirs et de ses droits. C'est alors qu'on l'appelle une *personne* (1).

Qu'est-ce qu'une *personne ?*

La loi crée, dans certains cas, des *personnes fictives* ou *civiles.* C'est ainsi, par exemple, que l'Etat, les communes, les départements..., forment des êtres abstraits ou juridiques, qui, de même que les personnes proprement dites, peuvent être propriétaires, ont des devoirs à remplir, des droits à exercer. On les appelle personnes *morales* ou *civiles,* par opposition aux personnes *naturelles* ou *physiques.*

Qu'est-ce qu'une personne *morale* ou *civile ?*

La *personne* est donc tout être susceptible d'avoir des droits et des devoirs; en d'autres termes, tout sujet capable de s'obliger envers les autres et d'obliger les autres envers lui. M. Demante la définit : *l'homme envisagé sous le rapport du droit.*

98. — Les personnes se divisent en plusieurs classes, dont les principales sont tirées de la nationalité ou de l'extranéité, de l'âge, du sexe, du mariage, de la paternité ou de la filiation, de certaines infirmités intellectuelles, des condamnations judiciaires prononcées contre elles, de leur absence de leur domicile ou de leur présence. Ainsi, les personnes sont : 1° françaises ou étrangères; 2° jouissant de leurs droits civils, ou privées de cette jouissance; 3° majeures ou mineures; 4° du sexe masculin ou du sexe

Comment divise-t-on les personnes?

(1) L'étymologie du mot *persona* est bien connue. Il signifiait autrefois *le masque* dont se couvraient la tête les acteurs qui jouaient à Rome des pièces dramatiques. Ces pièces étaient jouées dans des amphithéâtres si vastes qu'il était impossible que la voix de l'homme se fit entendre de tous les spectateurs : on imagina alors d'envelopper la tête de chaque acteur d'un masque dont la figure représentait le *rôle* qu'il jouait, et qui était fait de manière que l'ouverture par où se faisait l'émission de la voix en rendait les sons plus résonnants : *vox personabat.* De là le nom de *persona* donné au masque qui faisait le retentissement de la voix. Le même mot de *persona* fut ensuite appliqué au *rôle* même dont l'acteur était chargé, parce que la face du masque était adaptée à l'âge, au caractère de celui qui était censé parler, et que quelquefois c'était son portrait même. La jurisprudence s'en servit à son tour pour exprimer le *rôle* ou le *personnage* que chaque homme joue dans la société; et, comme le même homme y est appelé à jouer plusieurs rôles ou personnages, le même homme peut avoir plusieurs personnes, la personne d'homme libre, la personne de citoyen, la personne d'époux, de père de famille... (Toull., t. I, n° 168; M. Ortolan, *Inst. de Justin.*, t. I, p. 554 de la 8e édition; M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain,* t. I, p. 144 et 145 de la 3e édition).

D'où vient le mot *personne?*

féminin; 5° mariées ou non mariées; 6° ascendantes ou descendantes; 7° parents légitimes ou parents naturels; 8° interdites ou non interdites; 9° absentes ou présentes. — Les droits et les devoirs des personnes varient suivant ces qualités.

TITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

CHAPITRE PREMIER. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

§ I. — *Division des droits.*

Art. 7 et 8.

Combien d'espèces de droits la loi reconnaît-elle?

Qu'entend-on par droits *civils?*

99. — Les droits sont les facultés ou avantages que les lois accordent aux personnes. Ils sont *civils, politiques* ou *publics.*

Les droits *civils,* opposés aux droits *politiques* (et c'est bien sous ce rapport qu'on les envisage dans notre Titre) (1), dérivent du droit *privé*. On les définit : les *facultés que les personnes sont appelées à exercer dans leurs rapports privés avec les autres personnes.* Tels sont, par exemple, le droit de propriété, de puissance paternelle, le droit d'acheter ou de vendre, le droit d'acquérir ou de transmettre par succession.

Par droits *politiques?*

Les droits *politiques* dérivent du droit constitutionnel, qui règle les rapports du gouvernement et des gouvernés : ils consistent dans la faculté de participer à l'exercice de la puissance publique, et se résument tous dans l'aptitude légale à l'effet d'élire ou d'être élu aux fonctions de l'ordre législatif, judiciaire ou exécutif.

Par droits *publics?*

100. — Certains droits existent qui, à proprement parler, ne sont ni *civils* ni *politiques;* tels sont les droits de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester sa pensée par la voie de la presse ou autrement, la liberté individuelle et enfin la liberté de conscience. Ces droits ne sont point des droits *civils,* car ils ne constituent point des rapports de particulier à particulier (voy. le n° 10); ce ne sont pas non plus de véritables droits *politiques,* puisqu'on les exerce sans prendre aucune part au gouvernement du pays. Quelques personnes les rangent dans une classe particulière sous la dénomination de *droits publics*. Elles invoquent, à l'appui de leur classification, les Chartes de 1814 et de 1830, qui traitent de la plupart de ces facultés sous cette rubrique : *Du droit public des Français.*

(1) Voy. Fenet, t. VII, p. 138.

§ II. — *Quelles personnes ont la jouissance des droits publics, politiques ou civils.*

101. — I. Droits publics. — Toute personne, sans distinction d'âge, de sexe ou de nationalité, en a la jouissance. Les mineurs, les femmes et les étrangers sont, sous ce rapport, placés sur la même ligne que les Français mâles et majeurs (1).

Quelles personnes ont la jouissance des droits *publics?*

102. — II. Droits politiques. — Ces droits sont d'une nature bien différente. Et d'abord ils sont propres aux *Français;* les *étrangers* n'y ont aucune part. Il ne suffit même pas d'être *Français* pour en avoir la jouissance; d'autres conditions sont exigées, des conditions d'âge et de sexe. La loi ne l'attribue, en effet, qu'aux *citoyens;* or, cette qualité n'appartient pas sans distinction à toute personne *française :* tout *citoyen* est *français,* mais, ainsi que nous allons le voir, la réciproque n'est pas vraie.

Les étrangers ont-ils la jouissance des droits *politiques?*

A quelle qualité la jouissance de ces droits est-elle attachée?

Aux termes de l'article 7, « la qualité de citoyen s'acquiert et se conserve *conformément à la loi constitutionnelle.* » — La loi constitutionnelle à laquelle on nous renvoie n'est autre que la Constitution sous l'empire de laquelle le Code civil a été décrété et promulgué, la Constitution de l'an VIII.

Comment s'acquiert la qualité de *citoyen?*

Quelle est la Constitution à laquelle le Code nous renvoie sur cette question?

Il fallait alors, pour devenir citoyen :

1° Être du sexe masculin et Français;

2° Se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal : cette inscription ne pouvait être requise qu'à l'âge de *vingt et un ans accomplis;*

3° Résider *pendant un an* dans l'arrondissement communal où l'on prétendait exercer ses droits politiques, ce qui portait à *vingt-deux ans* la condition d'âge.

Quelles conditions fallait-il réunir, d'après cette Constitution, pour être citoyen?

103. — La qualité de citoyen se perdait par la perte de la qualité de Français; par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement étranger; par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposait des distinctions de naissance, et enfin par la condamnation à une peine afflictive ou infamante.

Comment, d'après la même Constitution, se perdait la qualité de citoyen?

L'exercice des droits de citoyen était suspendu par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat d'un failli, par l'état de domestique à gages, et aussi par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace.

Ainsi donc, étaient citoyens les *Français mâles, âgés de vingt-deux ans, inscrits sur le registre de leur commune, et résidant depuis un an au moins sur le territoire de la République.*

Ne pouvaient pas en exercer les droits, bien que réunissant les conditions ci-dessus prescrites : 1° les faillis et leurs héritiers immédiats; — 2° les domestiques à gages; — 3° les interdits; — 4° les personnes frappées de peines afflictives ou infamantes; — 5° les personnes en état d'accusation ou de contumace.

En résumé, quelles personnes avaient la qualité de citoyen, quelles personnes ne l'avaient pas, sous la Constitution de l'an VIII?

(1) Voy. MM. Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrangers en France,* p. 293 et suiv.; Duc., Bonn. et Roust., t. I, p. 23.

Cette Constitution a-t-elle été abrogée en ce qui touche le point que nous étudions ?

104. — La Constitution de l'an VIII n'a été *expressément* abrogée ni par les Chartes de 1814 et de 1830, ni par les Constitutions de 1848 et de 1852 : elle subsiste donc, sinon comme loi fondamentale, au moins comme loi ordinaire. Toutefois, la plupart de ses dispositions, quant au point qui nous occupe, ont été tacitement ou *implicitement* abrogées par suite des règles qu'ont introduites nos lois nouvelles.

Faut-il aujourd'hui, pour devenir citoyen, se faire inscrire sur le registre civique de sa commune ?

Ainsi, il n'est plus nécessaire, pour devenir *citoyen*, de se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal : depuis longtemps, en effet, on ne tient plus ce registre ; or, personne ne doit souffrir de cette désuétude : la suppression des registres entraîne implicitement l'abrogation de la nécessité de s'y faire inscrire.

L'âge de vingt-deux ans est-il encore exigé ?

L'âge de vingt-deux ans a également cessé d'être nécessaire ; vingt et un ans accomplis suffisent, puisque, pour l'élection des députés, le droit politique d'élection appartient à tout Français âgé de 21 ans accomplis (1).

Quid, de la condition d'une résidence annale dans l'arrondissement ?

J'en dis autant de la condition d'une résidence annale dans l'arrondissement où l'on veut exercer ses droits politiques : l'article 6 de la loi du 30 novembre 1875 accorde, en effet, *à tout électeur* âgé de vingt-cinq ans le droit d'être élu aux fonctions de député, ce qui emporte implicitement la qualité *générale* de citoyen. Il est vrai qu'en ce qui touche *certains* droits politiques, la loi en a subordonné l'exercice à la condition d'un domicile déterminé : c'est ainsi qu'elle n'accorde le droit d'élection qu'à ceux qui résident depuis six mois dans la commune (2). Mais qu'importe ? Cesse-t-on d'être citoyen parce qu'on est privé de l'exercice de *quelques-uns* des droits politiques ? La circonstance qu'on ne peut être élu député qu'à vingt-cinq ans empêche-t-elle le majeur de vingt et un ans d'avoir la qualité générale de citoyen ? Il en est de même de la condition du domicile : en principe, elle n'est pas exigée, puisque le droit politique le plus important, le droit d'éligibilité, en est indépendant. Elle n'est nécessaire que dans le cas où les lois organiques l'ont expressément exigée. On ne peut exercer aucun des droits politiques sans être citoyen ; mais il n'est pas nécessaire, pour avoir ce titre, de réunir toutes les conditions prescrites pour l'exercice de chacun d'eux (3).

Quelles conditions faut-il donc aujourd'hui réunir pour être citoyen ?

— Ainsi, tout Français, mâle et majeur de vingt et un ans, a la qualité *générale* de citoyen.

Certains droits politiques ne sont-ils point subordonnés à des conditions spéciales ?

Cette qualité générale ne suffit pas, sans doute, pour être appelé, sans distinction, à l'exercice de tous les droits politiques ; certains d'entre eux peuvent être soumis, par des lois spéciales, à des conditions particulières. C'est ainsi, par exemple, qu'on ne

(1) Voy. la loi du 7 juillet 1874, *relative à l'électorat municipal*, à laquelle renvoie la loi organique sur l'élection des députés, du 30 novembre 1875.

(2) Loi du 30 novembre 1875, article 1er. Comp. loi du 7 juillet 1874, article 5.

(3) Conf. MM. Val., *Explic. somm. du liv. 1er du Code Nap.*, p. 32 ; Demol., t. 1, n° 143.

peut être élu député avant vingt-cinq ans accomplis, sénateur avant quarante ans accomplis; c'est ainsi encore que le droit d'élection a été soumis à la condition d'une résidence de six mois dans la commune. Mais, je le répète, dans tous les cas où la loi n'exige point de conditions particulières, la qualité générale de citoyen est pleinement suffisante. En d'autres termes, la privation d'un ou de plusieurs droits politiques n'emporte pas la perte de la qualité générale de citoyen, laquelle suffit alors pour tous les droits non compris dans la prohibition. Ainsi, les majeurs de vingt et un ans, qui n'ont pas encore vingt-cinq ans accomplis, sont certainement *citoyens,* bien qu'ils ne soient pas *éligibles.* Les personnes qui n'ont pas six mois de résidence dans la commune le sont également, bien qu'elles soient privées du droit d'élection. Les domestiques à gages, et ceux qui ne savent pas lire et écrire en français, bien qu'incapables d'être appelés aux fonctions de *jurés* (loi du 21 novembre 1872, art. 4), sont évidemment citoyens, puisqu'ils jouissent des plus hautes prérogatives attachées à ce titre, c'est-à-dire des droits d'élection et d'éligibilité. A bien plus forte raison en est-il de même des faillis réhabilités et des héritiers immédiats d'un failli non réhabilité : car, outre qu'ils sont éligibles et électeurs, ils peuvent être membres du jury (voy. les art. 27 et 15 du décret organique du 2 février 1852, et l'art. 2 de la loi du 21 novembre 1872). — Ainsi, toutes ces personnes peuvent être valablement appelées comme témoins dans les actes reçus par les notaires (voy. l'explic. de l'art. 980).

Les majeurs de vingt et un ans, qui n'ont pas encore vingt-cinq ans, sont-ils citoyens? *Quid,* des majeurs qui n'ont pas six mois de résidence dans leur commune? *Quid,* des domestiques à gages? *Quid,* des faillis réhabilités?

Ces différentes personnes peuvent-elles être témoins dans les actes notariés?

— En principe donc, tout Français mâle et majeur de vingt et un ans est citoyen : il est, par conséquent, apte à toutes les fonctions politiques. — Toutefois, l'exercice de certains droits politiques est subordonné, par des lois spéciales, à des conditions particulières.

En résumé, quelles personnes ont, aujourd'hui, la qualité de citoyen? Quelles personnes ne l'ont pas?

Ne sont pas citoyens, ou du moins n'ont pas l'exercice des droits politiques :

1° Les faillis *non* réhabilités;

2° Les interdits, car la privation de l'exercice des droits civils emporte, par *à fortiori,* la perte des droits politiques;

3° Les femmes;

4° Les mineurs de vingt et un ans;

5° Ceux qui, par suite d'une condamnation, ont été privés de tous leurs droits politiques.

105. — III. Droits civils. — La jouissance de ces droits est attachée, non plus, comme celle des droits politiques, à la qualité de *citoyen,* mais à la qualité de *Français :* qu'il soit majeur ou mineur, interdit ou non, du sexe féminin ou du sexe masculin, tout Français a la *jouissance* des droits civils (art. 8).

A quelle qualité est attachée la *jouissance* des droits *civils?*

Mais tout Français qui a la *jouissance* des droits civils n'en a pas l'*exercice.*

Tout Français a-t-il *l'exercice* des droits civils

La *jouissance,* c'est l'aptitude légale à l'acquisition des droits eux-mêmes : tous les Français ont cette aptitude.

Qu'est-ce que la *jouissance* des droits civils?

Qu'est-ce que l'*exercice* de ces mêmes droits?

L'*exercice*, c'est la faculté de faire les actes, de remplir les formalités et conditions nécessaires pour la mise en œuvre de cette aptitude, c'est-à-dire pour acquérir les droits civils, les conserver, les faire valoir et en disposer. Les mineurs, les interdits ne l'ont pas, du moins en général; l'*exercice* des droits dont ils ont la *jouissance* est délégué à des mandataires qui les représentent. Ainsi, qu'une personne meure laissant un fils mineur ou interdit, cet enfant acquiert sans doute la succession qui s'ouvre à son profit; mais les actes nécessaires pour la conserver et la faire valoir, l'acceptation, l'inventaire des biens, la poursuite des débiteurs, ce n'est pas lui qui les fait : son tuteur y procède pour lui.

Tous les droits civils comportent-ils cette distinction?

— Certains droits ne comportent point cette distinction : je veux parler de ceux qu'*on ne peut exercer que par soi-même,* pour lesquels il n'y a point de délégation possible. Telles sont les facultés de se marier et de tester. On ne se marie point, en effet, on ne teste point, par procureur. Quant à ces droits, la privation de l'*exercice* équivaut à la privation de la *jouissance* elle-même : car le droit dont on ne peut bénéficier ni par soi-même, ni par un représentant, parce qu'il est essentiellement personnel, est un droit purement nominal et sans valeur.

En résumé, combien de classes de Français la loi reconnaît-elle?

— En résumé, la loi reconnaît, au point de vue du droit civil :
1° Les Français qui ont la *jouissance* et l'*exercice* de leurs droits (les capables);
2° Ceux qui en ont la *jouissance* sans en avoir l'*exercice* (les incapables).

— Mais que dirons-nous des étrangers? Quelle est, en France, leur condition? Quels sont les droits dont ils jouissent? Quels sont ceux dont ils sont privés? C'est un point qu'il importe d'étudier dans ses détails.

§ III. — *De la condition des étrangers en France.*

Art. 11.

Quelle est en France la condition des étrangers?

106. — I. Droits publics. — Nous savons que les droits de cette nature appartiennent à toute personne; les étrangers, de même que les Français, en ont la jouissance (voy. le n° 100).

107. — II. Droits politiques. — Ces droits sont attachés à la qualité de *citoyen* (voy. le n° 101). La condition essentielle, la première parmi celles qui sont exigées pour être citoyen, c'est d'être *Français :* la jouissance des droits politiques est donc exclusivement attribuée aux Français; les étrangers n'ont point qualité pour y prétendre. On conçoit sans peine qu'il ne suffit pas, pour être admis, de près ou de loin, au gouvernement d'un peuple, à l'administration de ses affaires, d'être mâle et majeur, c'est-à-dire d'être doué de force et d'expérience; il faut surtout être

partie de ce peuple, et par suite intéressé à sa gloire et à sa prospérité.

Ainsi, quant aux droits *publics*, ressemblance parfaite, et quant aux droits *politiques*, dissemblance absolue entre les Français et les étrangers.

108. — III. Droits civils. — Nous devons, quant aux droits de cette nature, distinguer deux classes d'étrangers : la première comprend tous ceux qui résident en France sans autorisation du gouvernement français, les étrangers *ordinaires;* la seconde, ceux qui ont obtenu le bénéfice de cette autorisation, les étrangers *privilégiés*.

Ne faut-il pas, quant aux droits civils, diviser les étrangers en deux classes ?

109. — *a*. Des étrangers qui résident en France sans y avoir été autorisés par le chef de l'État. — Nous avons à rechercher quels sont les droits civils dont la jouissance est refusée à ces étrangers, quels sont ceux qui leur sont concédés : en d'autres termes, quelles différences et quelles similitudes existent, *quant à la jouissance des droits civils,* entre les étrangers et les Français. Cette matière est compliquée; j'examinerai d'abord les points sur lesquels la loi a pris soin de s'expliquer.

Quelles différences la loi a-t-elle établies, au point de vue du droit privé, entre les étrangers ordinaires et les Français?

110. — ***Du droit d'acquérir ou de transmettre par succession légitime.*** — L'étranger (ou *aubain,* de *alibi natus*) était, avant la révolution de 1789, frappé de la double incapacité d'*acquérir* et de *transmettre* par succession légitime : il ne pouvait ni être héritier en France, ni avoir des héritiers.

Les étrangers pouvaient-ils, dans notre ancien droit français, acquérir et transmettre par succession légitime?

Il était incapable d'*acquérir* par succession... Ainsi, lorsqu'un *Français* ne laissait en mourant que des parents étrangers, sa succession était en déshérence, et attribuée comme telle à l'État; que s'il laissait tout à la fois des parents étrangers et des parents français, ceux-ci succédaient seuls.

Ainsi, *quid* lorsqu'un Français mourait, laissant des parents étrangers?

Il était incapable de *transmettre* par succession... Ainsi, lorsqu'il mourait laissant des biens en France, ses parents, étrangers ou français, n'étaient pas appelés à les recueillir. Toutefois, on faisait une exception en faveur de *ses enfants français*. A défaut d'enfants français, les biens passaient au roi, qui représentait l'État.

Quid, lorsqu'un étranger, qui avait des biens en France, mourait, laissant des parents étrangers ou français?

— Cette double incapacité d'*acquérir* et de *transmettre* par succession était connue sous le nom général de *droit d'aubaine*. — Dans une acception plus spéciale, le ***droit d'aubaine*** ne désignait que l'incapacité de *transmettre* dont étaient frappés les étrangers. On le définit, en se plaçant à ce point de vue : *Le droit en vertu duquel le roi s'emparait des biens laissés par un étranger décédé sans enfants légitimes français.*

Qu'est-ce que le *droit d'aubaine?* Ces mots n'avaient-ils pas deux sens, un sens général et un sens spécial?

111. — ***Du droit d'acquérir et de transmettre par testament.*** — Tout ce que j'ai dit des successions légitimes s'applique ici : l'étranger ne pouvait, en France, ni acquérir ni transmettre par succession testamentaire.

Les étrangers pouvaient-ils, dans notre ancien droit français, acquérir ou transmettre par testament?

Quid, quant aux donations?

112. — *Du droit d'acquérir et de transmettre par donation.* — Ici cessait l'incapacité de l'étranger. De même qu'un Français, il pouvait *faire* ou *recevoir* des donations.

Comment expliquait-on cette différence entre le testament et la donation?

On justifiait cette différence entre le *testament* et la *donation* par une raison que l'on prétendait tirer de la nature même de ces deux actes, mais qui, à vrai dire, était peu satisfaisante. Les donations, comme tout autre mode d'acquérir ou de transmettre par acte *entre-vifs*, sont *de droit naturel ;* or, disait-on, les étrangers ne sont point exclus des avantages que ce droit confère. Les testaments, au contraire, sont *de droit civil ;* or ce droit est exclusivement propre aux membres de la nation qui l'a établi.

Qu'était-ce que le droit de *détraction ?*
L'Assemblée constituante de 1789 n'abrogea-t-elle point les droits d'aubaine et de détraction?
Dans quel but les abrogea-t-elle?
Cet appel fut-il entendu?

— Les étrangers, et notamment les étrangers commerçants, furent traités avec moins de rigueur dans les derniers temps de la monarchie. L'abolition du droit d'aubaine fut même réciproquement convenue entre la France et quelques États voisins, mais sous la réserve d'un dixième sur les successions. Cette réserve est connue sous le nom de droit de *détraction* (1).

L'Assemblée constituante alla beaucoup plus loin : elle supprima, à l'égard de tous les étrangers, les droits d'*aubaine* et de *détraction* (lois des 6-18 août 1790; des 8-15 avril 1791).

Les motifs de cette innovation sont connus. Les droits d'aubaine et de détraction, nés de l'égoïsme national, n'étaient plus en harmonie avec les idées de philanthropie générale et de fraternité universelle qui dominaient alors. Montesquieu les nota d'infamie en les qualifiant de *droits insensés.* Parmi les philosophes, les plus modérés les appelèrent *droits barbares* (2). L'esprit du temps réclamait donc impérieusement leur abolition. L'Assemblée constituante se flatta qu'en l'accordant elle allait ouvrir la voie, depuis si longtemps rêvée, de la fraternité des peuples. Elle espéra que les autres nations, abjurant, comme elle, tout égoïsme national, appelleraient également les Français à jouir chez elles des droits sacrés et inviolables de l'humanité. Mais cet appel ne fut pas entendu : les peuples étrangers acceptèrent le bénéfice de la générosité française, sans rien accorder en retour. Au lieu de cette fraternité générale dont on s'était flatté, on eut, d'un côté, la plus extrême libéralité, de l'autre, le plus extrême égoïsme.

Qu'ont fait alors les rédacteurs du Code civil?

113. — Les rédacteurs du Code civil ne pensèrent pas que la France pût rester plus longtemps dupe. Ils organisèrent dans ce but un système de réciprocité dont on avait déjà, dans les derniers temps de la monarchie, senti les avantages.

(1) Dans un sens plus général, le droit de *détraction* était un impôt en vert[u] duquel le fisc français percevait une portion modique, ordinairement le dixièm[e] des valeurs qui étaient exportées dans un autre territoire. (Voy. MM. Duc[.] Bonn. et Roust., sur l'article 11.)

(2) Les peuples, disait Jean-Jacques, doivent se lier, non par des traités [de] guerre, mais par des bienfaits. Le législateur doit s'appliquer à les unir e[n] faisant tomber ces odieuses distinctions de *régnicoles* et d'*étrangers.* Tous l[es] peuples sont frères ! effaçons donc ces malheureux droits d'aubaine et de détra[c]tion comme autant de restes d'une aveugle barbarie.

« L'étranger, porte l'article 11, jouit en France des mêmes droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par les *traités* de la nation à laquelle cet étranger appartient. »

Remarquons qu'il s'agit ici, non pas d'une *réciprocité de fait*, mais d'une réciprocité *convenue* entre la France et la nation à laquelle appartient l'étranger qui réclame le bénéfice de nos droits civils. Il ne suffit donc pas, pour qu'un étranger jouisse en France des droits civils, que la nation à laquelle il appartient ait attribué aux Français la faculté d'invoquer chez elle le bénéfice des mêmes droits. Cette faculté ne peut lui être attribuée que par un *traité*, c'est-à-dire par une convention intervenue entre notre gouvernement et le sien. Autrement, les peuples, civilisés ou non, eussent pu, par des concessions faites aux Français, assurer chez nous, à leurs nationaux, la jouissance de nos droits civils les plus importants : la France n'eût plus été libre chez elle ! S'agit-il ici d'une réciprocité de fait ou d'une réciprocité convenue?

114. — Nous trouvons, dans deux articles de notre Code (l'art. 726 et l'art. 912), une application de ce système de réciprocité. Ainsi, d'après le Code civil, dans quel cas les étrangers ordinaires peuvent-ils *acquérir* par succession?

L'article 726 porte « qu'un étranger n'est admis à *succéder* aux biens que son parent, étranger ou Français, possède en France, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément à l'article 11. »

Ainsi, à défaut d'un traité, l'étranger est incapable de *succéder*, c'est-à-dire d'*acquérir* par succession : la loi ne lui permet pas de devenir l'héritier même d'un Français. — Mais remarquez qu'elle ne lui retire point la faculté de *transmettre* : il peut donc avoir des héritiers. Toutefois ses parents français sont seuls appelés à sa succession : car, selon notre article, les *étrangers* ne succèdent point. Ne sont-ils pas, dans tous les cas, capables de *transmettre*, par voie de succession, leurs biens à leurs parents français?

Le Code civil n'a donc pas, ainsi qu'on le dit souvent, rétabli le droit d'aubaine dans le sens que nous lui avons donné sous le n° 110. Lorsqu'un étranger meurt, ses biens de France, au lieu d'être, comme autrefois, attribués à l'État, passent à ses parents français, s'il en a. Le Code civil a-t-il reproduit le droit d'aubaine proprement dit?

Aux termes de l'article 912, l'étranger, en l'absence d'un traité, ne peut *acquérir*, ni par *testament*, ni même par *donation* (1). La loi ne permet point qu'*on dispose en sa faveur*; mais elle ne lui retire pas la faculté de *disposer* : il peut donc donner ou tester, mais, bien entendu, en faveur des Français seulement, puisque, selon notre article, les étrangers sont incapables d'acquérir par donation ou legs. Les étrangers peuvent-ils, d'après le Code civil, *acquérir* par donation ou par testament? Peuvent-ils *disposer* par donation ou par testament?

Ainsi, *d'après le Code civil*, les étrangers ne peuvent *acquérir*, soit par succession légitime, soit par testament, soit enfin par donation, que dans le cas où cette aptitude leur a été accordée par un traité intervenu entre la France et leur gouvernement.

(1) Le Code s'est donc, en ce qui touche les donations, montré à l'égard des étrangers plus sévère que l'ancien droit (voy. le n° 112).

La triple incapacité dont étaient frappés les étrangers sous l'empire du Code civil existe-t-elle encore ?

115. — Cette triple incapacité n'existe plus aujourd'hui. La loi du 14 juillet 1819, qui est encore en vigueur, l'a formellement abrogée. A partir de cette époque, les étrangers succèdent (voy. l'expl. de l'art. 726) et reçoivent, de la même manière que les Français, et indépendamment de tout traité.

La loi du 14 juillet 1819 a-t-elle, comme semble le dire son intitulé, abrogé les droits d'aubaine et de détraction ?

Cette loi porte pour entête : ***De l'abrogation des droits d'aubaine et de détraction***. Mais on a fait remarquer, avec raison, que cette rubrique est inexacte. Le Code civil n'avait, en effet, rétabli ni le droit d'aubaine (voy. le nº 110) ni le droit de détraction. La loi nouvelle n'a pas eu, par conséquent, à les abroger. Ce qu'elle restitue aux étrangers est tout simplement, d'une part, la faculté de succéder comme héritiers légitimes ou testamentaires, et, d'autre part, la faculté de recevoir des donations.

Dans quel but a-t-elle été faite ?

116. — La loi du 14 juillet 1819 s'est montrée aussi libérale que la Constituante, mais par des motifs bien différents. La Constituante, en assimilant les étrangers aux Français, quant aux droits dont nous nous occupons, avait principalement pour but d'établir la première base d'un système de fraternité entre les peuples; ses vues étaient toutes philanthropiques. Le législateur de 1819 s'est proposé un but beaucoup plus positif : il n'a considéré que l'intérêt de la France. Les capitaux, à l'époque dont nous parlons, étaient fort rares : les guerres de l'Empire les avaient épuisés. On dut naturellement les rappeler; mais par quel moyen ? Les étrangers qui en étaient possesseurs se souciaient peu de les placer dans notre industrie : l'incapacité de transmettre, dont les frappait la loi française, les éloignait de toute entreprise, de toute acquisition dans notre pays. La rigueur de notre Code tournait ainsi contre nous-mêmes : dès lors, on dut la faire cesser, afin que les étrangers, sûrs désormais de transmettre à leurs héritiers même étrangers les biens qu'ils acquerraient en France, n'hésitassent plus à placer chez nous les capitaux qu'ils possédaient seuls. De là, la loi du 14 juillet 1819. Elle n'a eu d'autre but que de rappeler le numéraire en France.

Ne présente-t-elle pas un danger ?

Cette loi a son bon côté, mais elle n'est pas exempte de dangers. L'intérêt de la France serait, en effet, compromis, si de grandes portions de notre territoire appartenaient privativement à des hommes qui, au lieu de contribuer à la gloire et à la grandeur de notre patrie, portent en leur cœur le désir secret de l'humilier et de l'amoindrir.

A-t-elle complètement abrogé le système de réciprocité consacré par le Code civil ?

117. — Remarquons, enfin, qu'en abrogeant les articles 726 et 912, la loi du 14 juillet n'a point par là même complètement abrogé le système de réciprocité consacré dans l'article 11. Les articles 726 et 912, en effet, ne constituaient pas à eux seuls le système tout entier; ils n'en étaient qu'une application. Le principe reste donc pour tous les autres droits civils.

Art. 14 et 15.

118. — *Du droit d'agir en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur.* — Le Code suppose, dans les articles 14 et 15, qu'un Français peut être créancier d'un étranger, et réciproque-

ment. En présence de cette double hypothèse, il décide que l'étranger peut être cité par un créancier français devant les tribunaux de France, et réciproquement qu'il y peut citer ses débiteurs français. Ainsi, entre Français et étrangers, les tribunaux français sont compétents. Reprenons successivement nos deux hypothèses.

Lorsqu'un étranger est débiteur envers un Français, celui-ci peut-il le poursuivre devant les tribunaux français? Faut-il distinguer, à cet égard, si l'obligation dont est tenu l'étranger est née d'un *contrat* ou d'une autre cause?

119. — Première hypothèse. *Un Français est créancier d'un étranger.* — Si cet étranger n'exécute pas volontairement l'obligation dont il est tenu, son créancier peut le poursuivre devant les tribunaux français. Qu'il réside ou non en France; que ce soit en France ou à l'étranger, que l'obligation à raison de laquelle il est poursuivi a pris naissance; que le Français envers lequel il est obligé soit établi à l'étranger ou en France, il n'importe : la loi ne distingue pas. Je crois même, bien que la loi semble dire le contraire, que le tribunal français est compétent, quelle que soit la *cause* d'où est née l'obligation. La loi, il est vrai, ne prévoit que l'hypothèse d'une obligation *contractée*, c'est-à-dire d'une obligation née d'une *convention*, ce qui semble exclure de l'application de notre règle toutes les obligations qui se forment *sans convention*, c'est-à-dire celles qui naissent d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et enfin de la loi (voy. les art. 1370 et suiv.). Mais tout le monde sait que le mot *contracter* n'a pas, dans la langue de notre droit, un sens parfaitement déterminé; c'est une de ces expressions qui reçoivent les différents sens qu'on entend leur donner : la loi elle-même s'en sert quelquefois pour désigner des obligations formées sans convention (voy. l'art. 1372). Il n'y a donc pas lieu de s'en emparer pour en tirer, dans l'espèce, une conséquence restrictive. Cette conséquence pourrait certainement être admise, s'il existait quelque raison de distinguer entre les obligations nées d'une *convention* et les obligations formées *sans convention;* mais cette raison particulière n'existe pas. On conçoit, en effet, que, si un Français peut appeler devant nos tribunaux l'étranger avec lequel il a *volontairement contracté,* à bien plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il est devenu créancier sans son consentement, par exemple par suite d'un délit dont l'étranger s'est rendu coupable envers lui (1).

(1) Un débiteur étranger, avons-nous dit, peut être cité devant un tribunal français; mais devant lequel? — Comment l'huissier chargé de l'assigner y parviendra-t-il? (Voy., sur ces deux questions, mes *Répétitions écrites sur le Code de procédure,* p. 50 et 70.)

Un *étranger,* créancier d'un autre *étranger,* cède sa créance à un *Français :* celui-ci peut-il assigner le cédé devant un tribunal français? Non, selon MM. Demol. (t. I, n° 250), Aubry et Rau (t. VIII, § 748 *bis,* p. 139); oui, selon MM. Demang. (*sur Fœlix,* t. I, p. 358) et Bodin, professeur à la Faculté de Rennes (*Revue pratique,* t. V, p. 148 et suiv.). — Lorsqu'il s'agit de créances commerciales cessibles par la voie de l'endossement, l'affirmative est généralement admise (voy. MM. Aubry et Rau, t. VIII, p. 140).

Un *Français,* créancier d'un *étranger,* cède sa créance à un autre *étranger :* celui-ci peut-il actionner le cédé en France? Non; et il faut le décider ainsi,

119 *bis*. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Un étranger est créancier d'un Français* — La réciprocité a été admise. Ainsi les Français peuvent être traduits devant les tribunaux français, en raison des obligations par eux contractées, en quelque lieu que ce soit, avec un étranger. Toutefois, et afin de parer au danger que cette faculté implique, la loi les couvre par la caution *judicatum solvi* (voy. le nº 120).

Art. 16.

A quelle condition peut être soumis l'étranger qui forme une demande contre un Français?

120. — *De la caution* « JUDICATUM SOLVI. » — La faculté accordée aux étrangers de former en France des demandes judiciaires est subordonnée à une condition: ils n'y peuvent, en effet, obtenir justice qu'autant qu'ils donnent, lorsque le défendeur le requiert, un répondant solvable qui s'engage à payer les frais et dommages intérêts qui pourront résulter du procès.

Ainsi, le *Français* assigné par *un étranger* peut repousser sa demande par une simple exception : « Je n'accepterai le débat avec vous, peut-il lui dire, qu'autant qu'une personne solvable prendra l'engagement de payer, si vous ne le faites pas vous-même, les frais et dommages-intérêts auxquels vous pourrez être condamné. » Si le demandeur ne veut point ou ne peut point donner cette garantie, la justice française ne doit point l'écouter.

Comment appelle-t-on cette caution?

Cette caution que doit donner l'étranger s'appelle *caution « judicatum solvi,* » parce que la personne qui se porte son garant assure, par l'engagement qu'elle prend, le paiement des condamnations qui pourront être prononcées contre lui au profit du défendeur.

Pourquoi l'étranger est-il astreint à la caution *judicatum solvi?*

121. — *Pourquoi l'étranger est astreint à la caution* JUDICATUM SOLVI. — Le demandeur, quand il succombe, est tenu de payer, non seulement ce qu'a coûté sa demande, je veux dire ce qu'il doit à son huissier et à son avoué, mais encore ce qu'a coûté la défense, c'est-à-dire ce qui est dû à l'avoué et à l'huissier du défendeur ; bien plus, il peut être, lorsque sa demande a été jugée imprudente ou malicieuse, condamné à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à indemniser le défendeur du tort que lui a causé le procès injuste qu'il a été obligé de soutenir. Or, qu'arriverait-il si le demandeur, qui n'a point d'immeubles en France, venait tout à coup à disparaître? Comment obtenir alors l'exécution des condamnations prononcées contre lui? En saisissant ses biens à l'étranger? Mais les jugements que rend la justice française ne sont exécutoires qu'en France! Le défendeur qui plaide avec un étranger n'a donc aucune garantie ; c'est pour lui en donner une qu'on lui permet d'exiger la caution *judicatum solvi*.

Que comprend l'engagement de la caution *judicatum solvi?*

122. — *De l'étendue des engagements contractés par la caution* JUDICATUM SOLVI. — Elle doit, non pas toutes les condamnations que subit le demandeur, mais seulement celles qui sont prononcées contre lui au profit du *défendeur*. Ce n'est, en effet, que dans son intérêt qu'elle intervient ; ce n'est qu'avec lui qu'elle contracte.

même au cas où il s'agit d'une créance commerciale cessible et cédée par la voie de l'endossement (M. Bodin, *Revue pratique*, t. V, p. 154).

Ainsi, elle ne répond ni des frais faits à la requête du demandeur, ni de l'amende à laquelle il peut être condamné pour fol appel (voy. art. 471, C. pr.); elle n'est tenue, en un mot, que des dommages-intérêts qui ont été alloués au défendeur, et des frais dont il a fait ou dont il pourrait être contraint de faire l'avance.

Quels étrangers sont obligés de la donner?

123. — *Quels étrangers sont obligés de donner la caution* JUDICATUM SOLVI. — Tous étrangers, *demandeurs principaux ou intervenants,* sont tenus de la fournir (1), à moins qu'ils ne soient dans l'un des cas exceptionnels que nous signalons plus loin.

Pourquoi l'étranger défendeur n'y est-il point soumis?

— Tout étranger *demandeur*... Ainsi, l'étranger *défendeur* n'est pas obligé de la donner. Mais pourquoi l'étranger qui *attaque* un Français y est-il soumis, tandis que l'étranger qui se *défend* en est dispensé? L'obligation de donner caution, a-t-on dit, serait, dans bien des cas, un *obstacle à la défense,* car les étrangers ont souvent de la peine à trouver une personne solvable qui consente à s'obliger pour eux; or, rien ne serait plus injuste que cette entrave, *car la défense est de droit naturel* (2).

— Demandeur *principal* ou *intervenant*... Le demandeur *principal* est celui qui engage, qui commence le procès.

Un tiers peut y *intervenir* de trois manières différentes : il peut, en effet, s'y présenter, soit dans son propre intérêt, soit dans l'intérêt du demandeur, afin de se joindre à lui et de lui venir en aide, soit enfin dans l'intérêt du défendeur. Dans les deux premiers cas, l'*intervenant* joue le rôle de *demandeur :* la caution *judicatum solvi* peut être exigée. Il est *défendeur* intervenant dans le troisième : il n'y a pas lieu à la caution (3).

En quelles matières est-elle due?

124. — *En quelles matières elle doit être donnée.* — Elle doit l'être en toutes matières, autres que celles de commerce. En toutes matières..., c'est-à-dire quelles que soient la modicité de la demande et la nature de l'affaire : qu'elle soit réelle ou personnelle, sommaire ou ordinaire, de la compétence d'un juge de paix ou d'un tribunal de première instance, d'un tribunal civil ou d'un tribunal criminel, la caution est toujours due. Ainsi, l'étranger

(1) Un *étranger,* créancier d'un *Français,* cède sa créance à un *Français :* le débiteur cédé peut-il, quand il est actionné par le cessionnaire, exiger de lui la caution *judicatum solvi?* Non. — Un *Français,* créancier d'un *Français,* cède sa créance à un étranger : le cédé peut-il opposer au cessionnaire l'exception *judicatum solvi?* Oui. (Sur l'une et l'autre quest., M. Bodin, *Rev. prat.,* t. V, p. 147 et 148.)

(2) MM. Dem., t. I, p. 88; Dur., t. I, n° 160. — Cette raison n'est pas très concluante. La *défense,* dit-on, est de droit naturel. Mais n'en est-il pas de même de la *poursuite?* Est-ce que le droit d'*agir* en justice contre son débiteur récalcitrant ne mérite pas autant de faveur que le droit de *se défendre* contre une attaque injuste? La distinction qu'on fait entre ces deux positions me semble peu rationnelle.

(3) L'étranger *défendeur* en 1re instance, et *demandeur* en appel, y est-il soumis? — *Quid* à l'égard de l'étranger qui a succombé, soit comme demandeur, soit comme défendeur, en 1re instance et en appel, et qui attaque le jugement par la voie extraordinaire de la requête civile ou du recours en cassation? (Voy., sur ces questions, mes *Répét. écr. sur le C. de proc.,* p. 156.)

qui se porte ***partie civile*** contre un Français engagé dans un procès criminel est obligé de la donner, si l'accusé le requiert (1).

Dans quels cas l'étranger est-il, quoique demandeur, dispensé de la donner?
Pourquoi n'est-elle pas due *en matière commerciale?*

125. — ***Des exceptions à la règle que l'étranger demandeur doit donner caution.*** — Il en est dispensé dans les cas suivants :

1° ***En matière commerciale,*** c'est-à-dire lorsque la demande doit être jugée par un tribunal de commerce. On a cherché à justifier cette exception par la *modicité* des frais et la *rapidité* des affaires commerciales. Cette explication ne me satisfait pas : les affaires qui sont de la compétence de la justice de paix, et celles qui doivent être jugées sommairement parce qu'elles exigent célérité (art. 404, C. pr.), sont aussi ***peu coûteuses*** et aussi ***rapides*** que les affaires commerciales ; et cependant aucune exception n'est faite quant à ces sortes d'affaires ! — Si la caution ***judicatum solvi*** n'est pas exigée en matière commerciale, c'est, d'une part, parce qu'on admet généralement en France que ***les commerçants sont de tous les pays,*** et, d'autre part, parce que la nécessité de donner caution eût entravé les affaires commerciales avec les étrangers : les étrangers, gênés dans l'exercice du droit de se faire rendre justice en France, n'eussent jamais traité qu'***au comptant*** avec les Français (2).

Pourquoi l'étranger en est-il dispensé *quand il a en France des immeubles suffisants?*

126. — 2° ***En toute matière,*** lorsque le demandeur justifie qu'***il a en France des immeubles suffisants*** pour répondre de la somme jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a jugé que l'intérêt du défendeur devait être sauvegardé. Dans ce cas, en effet, tout danger disparaît : car il est peu probable qu'après avoir été condamné, l'étranger prenne le parti d'aliéner à la hâte, et, par conséquent, à vil prix, les immeubles qu'il possède en France. Le Français pourrait, d'ailleurs, le plus souvent au moins, faire annuler ces aliénations comme étant faites en fraude de ses droits (voy. l'explic. de l'art. 1167).

3° A défaut d'immeubles, ***lorsqu'il consigne la somme*** jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a jugé que l'intérêt du défendeur devait être sauvegardé.

4° ***En toute matière, et alors même que l'étranger n'a aucun immeuble en France, lorsque cette faveur lui a été accordée par un traité intervenu entre son gouvernement et le gouvernement français*** (art. 11).

5° ***Dans tous les cas possibles, lorsqu'il a été autorisé par le gouvernement à fixer son domicile en France*** (art. 13).

Quelles différence existaient, au point de vue de la *contrainte par corps*, entre les étrangers ordinaires et les Français?

127. — ***De la contrainte par corps.*** — La contrainte par corps est une voie d'exécution consistant dans l'emprisonnement temporaire du débiteur, pour le forcer indirectement à payer ce qu'il doit. Voici comment les choses se passaient avant la loi du 22 juillet 1867 :

(1) Sur la question de savoir si elle est ou non due lorsque le défendeur est lui-même étranger, voy. mes *Répét. écrites sur le C. de proc.*, p. 157. Consultez-les également (p. 183 et s.) sur la question de savoir à quel moment de la procédure elle doit être demandée.

(2) M. Bugnet, à son cours.

Ce moyen énergique de contraindre un débiteur à l'exécution de son obligation n'était pas permis dans tous les cas, contre les débiteurs *français*. Il fallait, à leur égard, distinguer les dettes *civiles* des dettes *commerciales* : toute dette *commerciale* dont le chiffre était de 200 fr. au moins emportait pour le créancier le droit de contrainte par corps (1) ; quant aux dettes *civiles*, les débiteurs n'y étaient soumis que dans certains cas exceptionnels et limitativement déterminés par la loi, et encore fallait-il que le chiffre de la dette fût au moins de 300 fr. (2).

En ce qui touche les débiteurs *étrangers*, la loi était plus sévère : quant à eux, la contrainte par corps était de droit commun. Il n'y avait pas à distinguer si la dette était *commerciale* ou *civile* : ils y étaient soumis dans tous les cas. Il n'était pas même nécessaire que la somme par eux due fût de 200 ou 300 fr. ; il suffisait qu'elle fût de 150 fr. (3). Quant à la durée, la contrainte par corps pouvait être prononcée contre les débiteurs *étrangers* pour un temps plus long que contre les débiteurs *français*.

Ce n'est pas tout ! Un débiteur *français* ne pouvait être contraint par corps qu'en vertu du *jugement* le condamnant à payer. Les *étrangers*, au contraire, pouvaient être, *avant tout jugement*, incarcérés provisoirement, *en vertu d'une simple ordonnance du président du tribunal* (4).

Mais remarquons 1° que ces rigueurs de la loi n'avaient lieu contre les étrangers qu'autant qu'ils étaient débiteurs d'un *Français* ; — 2° qu'elles n'étaient, en aucun cas, applicables aux *femmes* étrangères : les étrangères n'étaient, en effet, contraignables par corps que dans le cas où les femmes *françaises* l'auraient été elles-mêmes (5).

— Aux termes de la loi du 22 juillet 1867, l'étranger est traité absolument comme le Français, au point de vue de la contrainte par corps (6).

128. — ***Du bénéfice de la cession de biens.*** — Un débiteur *français* soumis à la contrainte par corps peut, lorsqu'il est malheureux et de bonne foi, conserver sa liberté, en faisant à ses créanciers l'abandon de tous ses biens (art. 1268, C. civ.) ; cette faveur n'est pas étendue aux débiteurs *étrangers* (art. 905, C. pr.).

Qu'est-ce que le bénéfice de la *cession de biens*? Les étrangers en jouissent-ils?

129. — ***De l'état et de la capacité des personnes.*** — L'état et la capacité des Français sont réglés par la loi française. C'est, au contraire, la loi étrangère qui règle l'état et la capacité des étrangers (voy. les nos 78, 79 et 79 *bis*).

Quelle différence y a-t-il entre les étrangers et les Français, au point de vue de leur *état* et de leur *capacité*?

(1) Loi du 17 avril 1832, art. 1.
(2) C. civ., art. 2065.
(3) Loi du 17 avril 1832, art. 14.
(4) Loi du 17 avril 1832, art. 15.
(5) Loi du 17 avril 1832, art. 18, *in fine*.
(6) Art. 1er. « La contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, « civile et contre les étrangers. » — Art. 2. « Elle est maintenue en matière « criminelle, correctionnelle et de simple police. »

Art. 11.

Comment faut-il entendre l'art. 11? Signifie-t-il que les étrangers ne jouissent de nos droits civils que dans le cas où la jouissance leur en a été concédée par un *traité?*

En d'autres termes, les étrangers ordinaires n'ont-ils, en France, que les droits civils qui leur sont concédés soit par une disposition expresse ou implicite de la loi française soit par un traité?

Ne faut-il pas dire, au contraire, qu'ils ont tous les droits civils que la loi française ne leur a point expressément ou tacitement retirés?

Dans ce dernier système, quels sont alors les droits auxquels se réfère l'art. 11?

130. — Je viens de parcourir les droits ou prérogatives que la loi accorde expressément aux Français à l'exclusion des étrangers. Une question fort importante nous reste à examiner : Que faut-il décider *relativement aux autres droits civils?* Les étrangers n'en jouissent-ils que dans les cas où la jouissance leur en a été *concédée* par un traité intervenu entre leur gouvernement et le gouvernement français? Ne faut-il pas dire, au contraire, qu'en l'absence d'un traité, ils jouissent de tous les droits civils que la loi française *ne leur a pas expressément ou implicitement retirés?* Il y a sur ce point plusieurs systèmes.

131. — Premier système. — *Les étrangers ne jouissent en France que des droits civils qui leur sont concédés soit par un traité intervenu entre la France et leur gouvernement, soit par une disposition expresse ou implicite de la loi française: l'inaptitude aux droits civils est la règle, l'aptitude l'exception* (1).

Dans quels cas, en effet, sont-ils admis à jouir de nos droits civils? L'article 11 est formel : dans les cas seulement où cette concession leur a été faite par un traité intervenu entre leur gouvernement et le nôtre ! Donc, en principe, les étrangers n'ont pas la jouissance de nos droits civils.

Toutefois, la loi française établit expressément et, dans certains cas, implicitement plusieurs exceptions en leur faveur. Parcourons-les.

Les étrangers peuvent :

1° *Devenir propriétaires de biens situés en France.* — Cela résulte implicitement de l'article 3, qui règle cette hypothèse. La concession de cette faculté principale entraîne virtuellement la concession de toutes les facultés qui en dérivent comme des conséquences nécessaires. Ainsi, bien évidemment, ils peuvent être usufruitiers d'immeubles de France, avoir sur ces mêmes biens des servitudes réelles : car, du moment qu'ils sont capables quant à la pleine propriété, ils le sont, par *à fortiori,* quant à ses *démembrements.*

L'aptitude à la propriété leur donne également la faculté d'accomplir tous les actes au moyen desquels on devient propriétaire ou par lesquels on cesse de l'être : ils peuvent donc, ainsi que les Français, devenir ou cesser d'être propriétaires par l'effet de la prescription. En d'autres termes, tous les modes d'acquisition ou d'aliénation que la loi française a établis, et qu'elle ne leur interdit point, leur sont applicables.

2° *Etre créanciers d'un Français,* ce que suppose l'article 15. D'où la conséquence qu'ils peuvent accomplir tous les actes par lesquels on devient créancier ou par lesquels on cesse de l'être, ainsi que ceux qui sont nécessaires pour conserver ou faire valoir une créance acquise.

3° *Introduire par eux-mêmes, et sans le ministère d'un curateur,*

(1) M. Demol., t. I, nos 240 et suiv.

une action en justice contre un Français ; l'article 15 le dit expressément.

4° *Se marier même avec une femme française.* — Les articles 12 et 19 prévoient, en effet, l'hypothèse d'un mariage contracté entre une personne française et une personne étrangère. — De là quelques auteurs concluent qu'en permettant aux familles étrangères de s'allier aux familles françaises, la loi reconnaît par là même que toutes les relations de famille, ainsi que celles qui s'y rattachent, telles que la tutelle ou l'adoption, peuvent exister entre une personne française et une personne étrangère (1) ; mais cette conséquence est contestée. La plupart des auteurs n'admettent point qu'un étranger puisse adopter un Français, ou être adopté par lui ; ils lui refusent également le droit de l'avoir en sa tutelle (2). L'aptitude au mariage ne donne point, disent-ils, l'aptitude à l'adoption. Ces deux institutions sont, en effet, de nature différente : l'une est de droit *naturel* (le mariage), l'autre de droit *civil* (l'adoption) : il n'y a donc pas lieu de raisonner, par *à pari*, de l'une à l'autre. Quant à la tutelle, « c'est une fonction publique, *munus publicum,* qui intéresse la société tout entière, puisqu'elle a pour but la direction et le gouvernement des familles ; or, les étrangers ne participent point à l'exercice des fonctions publiques » (3).

— En résumé, les étrangers ne jouissent en France que des droits civils qui leur sont concédés : 1° par les traités intervenus entre leur gouvernement et le gouvernement français ; 2° par les lois françaises.

132. — Je ne pense pas que ce système soit celui de la loi. Le principe qui lui sert de base est inadmissible ; je le prouverai, en montrant l'absurdité et l'iniquité des conséquences auxquelles il conduit. Et, en effet, s'il était vrai que les étrangers ordinaires *n'ont que les droits qui leur sont concédés,* il faudrait dire : 1° qu'ils ne peuvent être ni propriétaires, ni créanciers en France ; 2° qu'ils ne peuvent pas s'y marier avec des personnes françaises ; 3° que toute action en justice leur est refusée. On s'appuie, pour prouver le contraire, sur les articles 3, 12, 14, 15 et 19, qui, dit-on, reconnais-

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 177.

(2) M. Demol., t. I, nos 245 et 246.

(3) Cette idée que la tutelle est une fonction publique, une dépendance de l'état politique des personnes, est empruntée au droit romain ; mais est-elle bien exacte aujourd'hui ? Quelle est la loi qui nous autorise à le penser ? Je n'en sais aucune, pour mon compte. Les fonctions publiques donnent aux fonctionnaires une participation plus ou moins grande à l'exercice de la puissance publique ; en est-il ainsi de la tutelle ? Personne ne le soutiendra ! C'est une fonction, sans doute ; mais elle est purement *privée,* puisqu'elle n'a pour objet que l'intérêt particulier des personnes qu'elle concerne. Qu'importe qu'elle intéresse la société tout entière ? N'en est-il pas de même de toutes les fonctions privées, de la puissance *paternelle,* de la puissance *maritale?* Si un étranger peut avoir en sa puissance paternelle ses enfants quoique Français, n'est-il pas de toute évidence qu'il peut *à fortiori* les avoir sous sa tutelle ?

sent implicitement aux étrangers chacune de ces aptitudes. Mais on ne prend pas garde qu'en raisonnant de la sorte on fait une pétition de principe : on résout la question par la question même ! Quel est, en effet, le point en litige? N'est-ce point de savoir si ces articles doivent recevoir leur application, *même en l'absence de tout traité,* ou si, au contraire, ils se réfèrent à l'hypothèse de l'article 11? Dire que les étrangers peuvent, *même en l'absence de tout traité,* s'appuyer sur ces textes pour soutenir qu'il leur est permis d'être propriétaires, créanciers, de se marier et d'ester en justice, c'est tout simplement résoudre par une pure affirmation ce qui est en question. Il est bien évident que la solution contraire est tout aussi légitime. Elle l'est même davantage : car, les textes dont il s'agit venant tous, sauf l'article 3, après l'article 11, il est naturel de supposer qu'en les écrivant, les rédacteurs du Code ont visé l'hypothèse qu'il prévoit. Remarquons, d'ailleurs, qu'on ne concède aucun droit dans ces textes; on dit simplement : Lorsque les étrangers sont propriétaires ou créanciers, lorsqu'ils se marient, telle chose a lieu... Mais dans quels cas peuvent-ils devenir propriétaires ou créanciers? Dans quels cas leur est-il permis de se marier? Ce ne peut être, évidemment, *si l'article 11 a le sens général qu'on lui donne,* que dans le cas d'un traité intervenu entre leur gouvernement et le nôtre, ou dans l'hypothèse prévue par l'article 13.

Ainsi, à défaut d'un traité, les étrangers qui n'ont pas été autorisés à résider en France (art. 13) ne peuvent ni devenir propriétaires ou créanciers, ni se marier, ni même ester en justice. C'est absurde, j'en conviens; mais, je le répète, si le principe qui sert de base au système que je combats est vrai, les conséquences que j'indique sont forcées.

Quelques auteurs se tirent d'affaire en disant : « Les étrangers, en principe, n'ont que les droits civils qui leur sont concédés. Toutefois ils jouissent, sans qu'il soit besoin d'une concession expresse ou tacite à cet égard, de tous les droits civils *qui ont leur fondement dans le droit naturel;* or, le droit d'être propriétaire ou créancier, le droit de se marier, le droit d'ester en justice, sont des aptitudes qui appartiennent au droit naturel : donc... » (1).

Mais qui ne voit que cette distinction entre les droits qui n'ont de fondement que dans la loi positive et ceux qui dérivent du droit naturel est purement arbitraire? A quels signes, à quels caractères reconnaîtra-t-on les droits *purement civils* des droits *civils naturels?* La loi, que je sache, n'a point tracé de règles à cet égard; les juges seront donc maîtres absolus de la question ! De bonne foi, cela se peut-il? comment croire que le législateur, ef-

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 78. — Cette idée paraît aussi se trouver dans les *motifs* de deux arrêts de la Cour de cassation : arrêt des Chambres réunies, du 12 juillet 1848 (Sir., 48, 1, 417); arrêt de la Chambre civile, du 20 mai 1862 (Sir., 62, 1, 673).

frayé des difficultés de cette distinction, ait confié au pouvoir judiciaire le soin de la faire lui-même? Ce serait une indigne abdication, et, pour y croire, j'aurais besoin d'un texte positif; mais heureusement ce texte n'existe point (1).

133. — DEUXIÈME SYSTÈME. — 1° *Les étrangers jouissent en France des mêmes droits civils que les Français. Tel est le principe.*

2° *Par exception, certains droits civils sont exclusivement attribués aux Français.*

3° *Ces droits exceptionnels n'appartiennent aux étrangers ordinaires que lorsque la concession leur en a été faite par un traité intervenu entre leur gouvernement et le nôtre, conformément au principe de réciprocité de l'article* 11 (2).

A ne s'attacher qu'à la lettre des articles 8 et 11, les étrangers n'ont, en France, que les droits civils qui leur sont concédés par des traités ou par les lois françaises; mais l'historique de la rédaction de ces textes nous montre qu'ils n'ont pas le sens exclusif qu'ils semblent avoir. Ils furent inscrits dans la loi avant même qu'on n'eût sur la question qui nous occupe un système arrêté; c'était, en quelque sorte, une simple pierre d'attente. Ce ne fut que plus tard, et après plusieurs discussions, qu'on s'entendit sur le sens et la portée qu'ils devaient avoir. Plusieurs orateurs du Tribunat critiquèrent la généralité de leurs termes. « Quoi! dirent-ils, les étrangers n'auront, en France, la jouissance d'aucun de nos droits civils! Ils seront donc au milieu de nous comme des morts civilement! Ne leur sera-t-il point permis de se marier, d'ester en justice?... *Cela serait absurde, et ce n'est certainement pas la pensée du projet* » (3). En conséquence, il fut convenu que la jouissance des droits civils ne serait pas donnée aux seuls Français, à l'exclusion des étrangers!

Mais, dit-on alors, quels sont les droits qui appartiendront aux Français et dont les étrangers ne jouiront pas? Les articles 8 et 11 sont absolument muets sur ce point : à quels signes donc les reconnaître? Frappé de cette difficulté, le Tribunat demanda que la loi énumérât limitativement quels étaient les droits que l'on entendait réserver aux Français, dont la jouissance n'appartiendrait pas aux étrangers. Cette proposition ne fut pas admise; et le motif qui la fit repousser est décisif! « On objecte, dit M. Gre-

(1) « A notre avis, dit M. Laurent (t. I, n° 405), l'art. 11 consacre la distinction traditionnelle des droits en droits civils et naturels : il reconnaît implicitement à l'étranger la jouissance des droits naturels, et il lui refuse les droits civils ». Mais le savant professeur ajoute (n° 423) : « La critique que l'on fait de la distinction traditionnelle en droits naturels et droits civils est parfaitement juste. Il faut aller plus loin et dire que la distinction est fausse ».

(2) MM. Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrangers en France,* p. 254 et suiv.; — Val., *Explic. somm.,* p. 407 et suiv., et *Cours de Code civil,* t. I, p. 66 et suiv.

(3) Voy. M. Siméon, dans sa *Communication officielle du projet au Tribunat.* Fenet, t. VII, p. 166.

nier, que la loi ne détermine pas assez quels sont les droits civils. Mais il y a une détermination exacte... Les droits dont les étrangers sont privés *seront marqués dans les Titres du Code qui y auront trait.* On ne les oubliera certainement pas lorsqu'il sera question de la faculté de tester, de la capacité de recevoir par testament, de succéder. Mais, dans un Titre où il s'agit seulement de la jouissance des droits civils, cette *énumération* n'est pas nécessaire » (1).

Ainsi, voilà qui est formel : les articles 8 et 11 appellent une *énumération,* c'est-à-dire une *limitation* des effets qu'ils doivent produire. Ils n'excluent point, comme ils paraissent le dire, les étrangers *de tous les droits civils ;* ceux dont ils les privent seront *marqués, indiqués* dans les Titres du Code qui y auront trait. Or, cette *énumération,* cette *indication,* cette *marque* des droits réservés aux Français et refusés aux étrangers, elle a été donnée, en effet, dans les articles 14, 16, 726 et 912 du Code civil, dans la loi sur la contrainte par corps, et enfin dans l'article 905 du Code de procédure. Là, par conséquent, s'arrête la rigueur de la loi; il ne nous est pas permis d'aller plus loin (2).

Quelle est, en résumé, la condition des étrangers en France? En d'autres termes, quels sont les droits dont ils jouissent? Ceux dont ils ne jouissent pas?

134. — Résumé. — 1° Les étrangers jouissent de tous les droits *publics* (voy. les n°s 100 et 106);

2° Ils sont exclus, au contraire, de tous les droits *politiques* (voy. le n° 107);

3° Ils ont tous les droits *civils* que la loi ne leur ôte point. La loi ne leur enlève ni le droit de mariage, ni le droit de propriété, ni le droit de créance, ni le droit d'obtenir justice, soit comme défendeur soit comme demandeur (sauf, dans ce dernier cas, l'obligation de donner la caution *judicatum solvi*), ni le droit de tutelle, ni enfin le droit d'adoption. Ils peuvent donc se marier, ester en justice par eux-mêmes et sans le secours d'un curateur spécial, acquérir des biens et en disposer par les modes d'acquisition ou de disposition organisés par la loi française et qu'elle ne leur ôte point, s'obliger envers les Français ou les avoir pour obligés, être tuteurs ou en tutelle, adopter ou se donner en adoption.

Quels sont, parmi les droits civils, ceux dont ils ont été déclarés incapables?

135. — Les droits ou prérogatives que la loi leur enlève sont au nombre de sept (aujourd'hui quatre) :

1° Ils ne jouissent point, à l'encontre d'un adversaire français, du privilège : *Actor sequitur forum rei* (art. 14. — Voy., dans nos *Répét. écr. sur le C. de pr.,* p. 51, l'explic. de cette disposition);

(1) Fenet, t. VII, p. 240.

(2) La Cour de cassation fait évidemment un pas vers ce 2e système lorsqu'elle décide, dans son arrêt du 16 février 1875, que les étrangers peuvent être appelés aux fonctions de tuteur ou subrogé-tuteur de leurs enfants ou descendants français, par le motif qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition qui exclue de ces charges de famille les père et mère ou autres ascendants étrangers (Sir., 75, 1, 193).

2° Ils ne sont admis à plaider comme *demandeurs* que sous la condition de fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16. — Voy., ci-dessus, les nᵒˢ 119 et suiv.);

3° Ils ne peuvent point acquérir par succession, donation ou legs (art. 726 et 912); mais cette incapacité a été abrogée par la loi du 14 juillet 1819 (voy. les nᵒˢ 114 et 115);

4° La contrainte par corps peut être prononcée contre eux dans des cas où elle ne pourrait pas l'être contre des Français (loi du 17 avril 1832); mais cela n'existe plus depuis la loi de 1867 (voy. le n° 127);

5° Ils peuvent, lorsque leur dette est exigible, être arrêtés provisoirement, en vertu d'une simple ordonnance du président du tribunal, ce qui n'est jamais permis à l'égard des Français ; cela est également abrogé depuis 1867 ;

6° Ils ne jouissent pas du bénéfice de cession de biens (art. 905, C. pr. — Voy. le n° 128);

7° Leur *état* et leur *capacité* sont régis, non par la loi française, mais par celle de leur pays (voy. les nᵒˢ 78, 79 et 79 *bis*).

136. — Ainsi, l'article 11 ne s'applique qu'aux droits que la loi française ôte aux étrangers en général. Il faut l'entendre en ce sens : les membres de telle ou telle nation peuvent acquérir, par un traité intervenu entre leur gouvernement et le gouvernement français, la jouissance des droits civils que la loi accorde aux Français à l'exclusion des étrangers en général.

5ᵉ *Répétition.*

Art. 13.

Quelle est, en France, la condition des étrangers qui ont obtenu du gouvernement l'autorisation d'y résider?

137. — *b*. DES ÉTRANGERS AUTORISÉS PAR LE GOUVERNEMENT A FIXER LEUR DOMICILE EN FRANCE. — La loi les place sur la même ligne que les Français : ils jouissent de tous les droits civils, même de ceux que la loi enlève aux étrangers domiciliés en France sans autorisation du gouvernement.

Ainsi : 1° ils peuvent, *d'après le Code civil lui-même,* et indépendamment de la loi du 14 juillet 1819, qui a étendu ce bénéfice même aux étrangers non autorisés à résider en France, acquérir par succession, donation ou legs, de la même manière que les Français (voy. le n° 115).

2° Ils jouissent du privilège *Actor sequitur forum rei.*

3° Ils peuvent plaider, même comme demandeurs, sans être obligés de donner la caution *judicatum solvi*.

4° Dès avant la loi de 1867, ils n'étaient soumis à la contrainte par corps que dans les cas où les Français y étaient eux-mêmes soumis (voy., ci-dessus, n° 127).

5° Ils peuvent, de même que les Français, invoquer le bénéfice de la cession de biens.

6° Leurs créanciers, même Français, ne pouvaient point les faire arrêter provisoirement, en vertu d'une simple ordonnance du président du tribunal (voy. le n° 127).

Y a-t-il entre eux et les Français quelques différences?

— Toutefois, la similitude entre eux et les Français n'est pas complète :

Quelles sont ces différences?

1° Leur état et leur capacité sont régis par les lois de leur pays, tandis que l'état et la capacité des Français sont réglés par la loi française, ce qui amène entre eux des différences importantes. Ainsi, par exemple, lorsque l'âge de la majorité n'est pas le même dans leur pays et en France, ils se trouvent majeurs alors que les Français sont encore en minorité, ou réciproquement.

La règle que la capacité des étrangers privilégiés n'est point régie par la loi française souffre-t-elle des exceptions?

— La règle, que la capacité de l'étranger autorisé à résider en France n'est pas régie par la loi française, souffre deux exceptions :

La première s'applique au cas où cet étranger n'a plus de patrie. Ce cas est possible : car il se peut que, par cela même qu'il s'est fixé en France sans esprit de retour dans son pays, et dans l'intention d'acquérir plus tard la qualité de Français, sa patrie lui ait retiré sa nationalité. Dans cette hypothèse, sa capacité n'est et ne peut être régie que par la loi française, sous l'empire de laquelle il s'est placé, et dont il peut s'appliquer tous les bénéfices (1).

La seconde se réfère au cas où l'étranger veut exercer un droit conféré par la loi française, mais inconnu dans sa législation. Il doit alors remplir toutes les conditions de capacité spéciale, auxquelles l'exercice de ce droit est subordonné par la loi qui l'a créé et qui lui en confère la jouissance (2).

2° L'étranger, quoique autorisé à résider en France, n'est pas encore Français : ses enfants naissent donc étrangers comme lui, sauf pour eux le bénéfice de l'article 9 (voy. le n° 154).

3° Les Français tiennent de la loi la jouissance des droits civils : la loi seule peut donc les en priver; la justice le peut également, mais dans le cas seulement où la loi lui confie ce pouvoir (art. 42 C. pén.). Il n'en est pas de même des étrangers dont nous nous occupons. Ils tiennent leurs droits du gouvernement, qui les autorise à rester en France; or, le gouvernement, qui est le maître d'accorder l'autorisation ou de la refuser, peut de même la retirer après l'avoir donnée (art. 3 de la loi du 3 décembre 1849 *sur la naturalisation et sur le séjour des étrangers en France*).

4° Les Français jouissent des droits civils, tant qu'ils restent Français; peu importe qu'ils résident en France ou à l'étranger (voy. le n° 78). Il en est différemment des étrangers qui ont été autorisés à fixer chez nous leur domicile : la jouissance des droits civils qu'on leur accorde est subordonnée à la condition de leur résidence en France; dès qu'ils la quittent, ils renoncent par cela même au bénéfice qui leur avait été concédé. — Toutefois, ne prenons pas rigoureusement à la lettre cette formule de la loi : « Ils (les étrangers dont nous parlons) jouissent en France des droits civils, *tant qu'ils continuent d'y résider.* » Il faut l'entendre dans un sens raisonnable; or, la loi serait ridicule si, à cause d'une ab-

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 194; Dem., t. I, p. 82 et 83; Laurent, t. I, n° 458, p. 572.

(2) M. Dem., t. I, p. 83.

sence momentanée, d'un voyage, elle retirait sa faveur! La question de savoir si l'étranger absent de France peut ou non être considéré comme ayant cessé d'y résider est donc abandonnée à l'appréciation des tribunaux, qui décideront d'après les circonstances.

Quels étrangers peuvent obtenir l'autorisation de résider en France?
Dans quel but est-elle principalement accordée?

138. — L'autorisation de fixer son domicile en France peut être sollicitée par tous les étrangers, même par ceux qui, sans avoir l'intention de se faire naturaliser, désirent se fixer dans notre patrie pendant un temps plus ou moins long (voy. les ***Form.*** 1 et 2); c'est au gouvernement à voir si ceux qui la demandent méritent de l'obtenir. Mais elle a été principalement introduite dans le but de favoriser, en la facilitant, la naturalisation des étrangers. Nous verrons bientôt, en effet, que les étrangers ne peuvent, du moins en principe, obtenir la qualité de Français qu'après un stage d'une certaine durée en France. Ce stage, sans la jouissance des droits civils, aurait été extrêmement dur; la plupart des étrangers qui désirent devenir Français s'en seraient effrayés. La loi a paré à cet inconvénient en décidant que ceux d'entre eux qui obtiennent du gouvernement l'autorisation de fixer leur domicile en France y jouiront, durant leur résidence, des mêmes droits civils que les Français (voy., *infra*, n° 165).

Est-elle *personnelle* à l'étranger qui l'obtient? S'étend-elle à sa femme, à ses enfants, à ses domestiques?

139. — L'autorisation accordée à un étranger de fixer son domicile en France est *toute personnelle :* elle ne s'étend ni à sa femme, ni à ses enfants, ni à ses domestiques. Il peut sans doute la demander d'une manière générale pour lui et les siens, en ayant soin de les désigner : le gouvernement prend alors ses renseignements, et la concède à ceux qui lui ont paru la mériter. Mais, lorsque dans la demande qui lui est adressée il n'est question que du pétitionnaire, la concession qui lui est faite ne peut profiter et ne profite qu'à lui seul : car le gouvernement, qui ne l'accorde qu'après renseignements, ne peut pas être réputé l'avoir étendue à des personnes dont on ne lui a pas parlé, qu'il ne connaît pas, et sur lesquelles, par conséquent, il n'a pu porter ni son attention ni son enquête. Il se peut d'ailleurs que les étrangers soient soumis dans leur patrie à certaines peines ou déchéances, lorsqu'ils sollicitent du gouvernement français la faveur de se fixer en France et le bénéfice de ses lois civiles. Dans ce cas, il est naturel de supposer que l'étranger qui demande l'autorisation n'entend la demander et l'obtenir que pour lui seul : s'il ne l'a demandée expressément pour sa famille, en même temps que pour lui-même, c'est sans doute qu'il a craint de l'exposer aux déchéances qu'elle encourrait dans sa patrie; or, le gouvernement n'entre pas dans ces détails, il ne délibère et ne peut délibérer que sur la demande qui lui est expressément adressée (1).

(1) M. Laurent dit même (t. I, n° 457) que le père ne pourrait pas demander l'autorisation au nom de ses enfants mineurs : personne, en effet, ne peut acquérir ni perdre un droit par le fait d'un tiers.

Demante (t. I, p. 83) pense, au contraire, que l'autorisation est de plein

§ IV. *Qui est Français?*

140. — Nous venons de voir les différences qui existent entre les Français et les étrangers. Il importe maintenant de rechercher quelles personnes sont françaises et quelles personnes ne le sont pas. — Il nous suffira, au reste, d'indiquer les personnes françaises : car toutes celles qui ne le sont pas sont par là même rangées dans la classe des étrangers.

Art. 9 et 10.
Comment acquiert-on la qualité de Français?

141. — On *naît* Français ou on le *devient*. Je dirai, dans le chapitre suivant, comment on *recouvre* la qualité de Français quand on l'a perdue.

Quelles personnes *naissent* françaises? Quelle différence y a-t-il à cet égard entre notre ancien droit et notre Code?

142. — Des personnes qui naissent françaises. — Suivant notre ancienne jurisprudence, l'*origine,* indépendamment du *lieu de la naissance,* et le *lieu de la naissance,* indépendamment de l'*origine,* étaient également attributifs de la nationalité. Ainsi, naissaient Français : 1° les enfants nés de parents français, alors même qu'ils étaient nés à l'étranger ; 2° les enfants nés sur le sol français, alors même qu'ils étaient nés de parents étrangers (1).

Il n'en est plus de même aujourd'hui. La circonstance qu'un enfant est né sur le sol de France ne confère plus la qualité de Français ; l'*origine* seule la donne. Lors donc qu'on recherche si un enfant est ou non né Français, une seule chose est à considérer : *de qui est-il né ?* Est-il né d'un Français : il est lui-même Français, en quelque pays qu'il soit né. Ses parents sont-ils étrangers : il est étranger comme eux, alors même qu'il est né en France.

L'ancien principe suivant lequel il suffit de naître sur le sol français, n'a-t-il pas été, depuis le Code, rétabli en faveur de certains enfants?

143. — Toutefois, une modification fort importante a été apportée au système du Code. L'ancien principe, que la *naissance sur le sol de France* donne la nationalité française, a été rétabli, sous une condition résolutoire, par la loi du 7 février 1851 (art. 1er), *en faveur des enfants qui sont nés en France d'un étranger qui lui-même y est né.* Ces enfants naissent et restent Français, à moins que, dans l'année qui suit l'époque de la majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, ils ne réclament la qualité d'étranger, soit devant l'autorité municipale du lieu de leur résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger (2).

Le texte de la loi de 1851 a été lui-même modifié par la loi

droit commune à toutes les personnes dont le domicile suit celui de l'étranger qui l'a obtenu, c'est-à-dire à sa femme et à ses enfants mineurs. La même règle semble devoir s'appliquer aux domestiques qui habitent avec l'étranger autorisé, car ils ont chez lui leur domicile (art. 109) ; mais Demante ne s'explique pas sur ce point. — Dites-en autant de MM. Aubry et Rau (t. I, § 79, p. 313).

(1) Pothier, *Traité des personnes*, nos 43 et 45. — Ce système se retrouve dans la Constitution de l'an VIII (art. 2).

(2) Consultez M. Val., *Explic. somm.*, p. 10 et suiv.

du 16 décembre 1874, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Est Fran- « çais tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y « est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majo- « rité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qua- « lité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité « municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplo- « matiques et consulaires de France à l'étranger, et qu'il ne jus- « tifie avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation « en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée « à la déclaration. Cette déclaration pourra être faite par procu- « ration spéciale et authentique ».

On le voit, le législateur de 1874 innove réellement en deux points :

1° La réclamation de la qualité d'étranger ne peut être faite que devant une autorité *française;*

2° Elle n'est valablement faite qu'autant que le réclamant justifie qu'il a conservé sa nationalité d'origine.

La circonstance qu'un enfant est né sur le sol français est-elle, même sous l'empire du Code, sans aucun effet?

144. — Du reste, remarquons que la simple circonstance qu'un enfant est né sur le sol français produit un double effet en sa faveur :

1° Elle lui permet d'acquérir plus facilement qu'un étranger ordinaire la qualité de Français : l'étranger *né en France* peut devenir Français par le *bienfait de la loi ;* l'étranger ordinaire ne le peut devenir que par la *naturalisation* (voy. les nos 154 et 165).

2° Elle fait présumer, lorsque ses père et mère sont inconnus, qu'il est né de parents français et, par conséquent, qu'il est lui-même Français, tant que le contraire n'est pas établi (1).

Lorsque l'enfant est né d'un père français et d'une mère étrangère, ou réciproquement, quelle condition suit-il? celle de son père ou celle de sa mère?

145. — Le principe que l'*origine* de l'enfant détermine sa nationalité, indépendamment du *lieu de sa naissance,* ne présente aucune difficulté, lorsque ses père et mère sont l'un et l'autre Français, ou l'un et l'autre étrangers : l'enfant est Français dans le premier cas, étranger dans le second. Mais que décider si l'un est Français et l'autre étranger? L'enfant suivra-t-il la condition de son père ou celle de sa mère?

Cette hypothèse est-elle possible, en ce qui touche les enfants *légitimes?*

Si l'enfant est né en légitime mariage, la question que je pose se présentera rarement : car, la femme suivant la condition de son mari (art. 12 et 19), les époux seront, dans la plupart des cas, l'un et l'autre Français, ou l'un et l'autre étrangers. Cependant l'hypothèse contraire peut se rencontrer. Le principe que la femme suit la condition de son mari n'a pas, en effet, une portée aussi grande qu'on pourrait le croire au premier abord : il faut l'entendre, non pas dans ce sens absolu que, toutes les fois que le mari quittera sa condition pour en prendre une autre, la femme subira le même changement, mais en ce sens restreint que la femme prend la condition qu'a le mari *au moment de la célébra-*

(1) Voy., sur les effets de la naissance en France, M. Beudant, *Revue crit. de législ.*, t. IX, p. 57; M. de Folleville, *Revue pratique,* t. XLV, p. 401.

tion du mariage (voy. l'explic. de l'art. 19). Ainsi, lorsque le mari change de condition depuis le mariage, la femme conserve la sienne; il en résulte que l'un peut être Français et l'autre étranger. Un Français marié se fait-il naturaliser en Espagne : la femme reste Française, bien que le mari soit Espagnol. Réciproquement, qu'un Espagnol se fasse naturaliser en France : la femme restera Espagnole, tandis que le mari deviendra Français.

Dans cette hypothèse, l'enfant suivra-t-il la condition de son père ou celle de sa mère? La loi garde le silence sur cette question; mais elle la résout implicitement par l'ensemble de ses dispositions sur l'organisation de la famille. Le père en est le chef : sa volonté l'emporte sur celle de la mère, lorsqu'il s'agit du mariage de l'enfant (art. 148); c'est lui qui le tient sous sa puissance (art. 373), qui lui donne son nom. Or, il ne se peut pas qu'un enfant, rattaché à son père par un lien aussi étroit, appelé à perpétuer son nom, ne reçoive pas le même état et la même condition! On a d'ailleurs toujours admis, soit en droit romain, soit dans notre ancienne jurisprudence (1), que l'enfant *légitime* suit l'origine et la condition de son père, et nous ne trouvons rien dans le Code qui puisse nous autoriser à croire que ce principe a été abandonné. Ainsi, l'enfant légitime né d'un Français est Français comme lui, *alors même que sa mère est étrangère*. Et réciproquement, l'enfant *légitime*, né d'un étranger, est, comme lui, étranger, *alors même que sa mère est Française*.

L'enfant naturel reconnu par un Français et par une étrangère, ou réciproquement, suit-il la condition de son père ou celle de sa mère?

146. — Quant à l'enfant *naturel*, il suit la condition de son père, si son père l'a seul reconnu; la condition de sa mère, s'il n'a été reconnu que par elle.

Mais laquelle des deux conditions suivra-t-il, s'il a été reconnu par sa mère et par son père? En droit romain, et dans notre ancienne jurisprudence, la règle *partus ventrem sequitur* lui eût donné l'état de sa mère (2). M. Duranton (t. I, n° 124) est d'avis que la même règle doit être observée dans notre droit, qui ne l'a pas abrogée. Mais, suivant l'opinion générale, l'enfant naturel reconnu par son père suit sa condition, alors même qu'il a été également reconnu par sa mère. On raisonne ainsi : Lorsqu'un enfant naturel est reconnu par son père et par sa mère, cette double reconnaissance établit entre eux des relations de la même nature que celles que le mariage fait naître entre les époux et leur enfant légitime. C'est, en effet, au père naturel, de même qu'au père légitime, que la loi attribue la puissance paternelle (art. 383). C'est également sa volonté, de même que la volonté du père légitime, qui l'emporte, en cas de dissentiment, sur celle de la mère, lorsqu'il s'agit du mariage de l'enfant (art. 148 et 158). Enfin, de même qu'un enfant légitime, l'enfant naturel prend le nom de son père.

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 46.
(2) Pothier, *eod. loc.*

Or, la loi, qui attribue à cette double reconnaissance les effets qu'elle attache au mariage, quant à la puissance paternelle et quant à la transmission du nom, a dû logiquement lui attribuer le même effet, quant à la transmission de la nationalité (1).

147. — Ainsi, l'enfant *légitime* suit toujours la condition de son père : il est donc, comme lui, Français ou étranger. — Il en est de même de l'enfant *naturel* reconnu par son père seulement, ou ensemble par son père et par sa mère. Il ne suit la condition de sa mère qu'au cas où elle l'a seule reconnu (2).

(1) Delv., t. I, p. 6; — MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 122, et *Explic. somm.*, p. 9; — Marc., sur l'art. 8; — Aubry et Rau, t. I, § 69, note 4; — Demol., t. I, n° 149; — Demangeat, *sur Fœlix,* t. I, p. 54.

Cette doctrine ne me semble pas sûre. La règle que l'enfant naturel *suit la condition de sa mère* était absolue dans notre ancienne jurisprudence; elle s'appliquait même au cas où l'enfant aurait été reconnu par son père et par sa mère; Pothier est formel sur ce point.

Lorsqu'une règle a traversé je ne sais combien de siècles sans donner lieu à aucune critique, sans que personne en ait signalé les dangers, et que la loi nouvelle n'en contient pas l'abrogation expresse, on doit naturellement la supposer maintenue, à moins qu'elle ne soit incompatible avec les principes nouveaux.

Or, je ne vois rien dans notre législation nouvelle qui la contredise. L'enfant naturel, dit-on, prend le nom de son père : donc il acquiert sa nationalité. Mais est-il bien vrai que l'enfant reconnu par son père et par sa mère prenne *nécessairement* et *en vertu d'une loi* le nom de son père ? c'est ce que je nie absolument. L'enfant naturel prend tantôt le nom de son père, tantôt le nom de sa mère. Ainsi, lorsqu'il est reconnu d'abord par sa mère et dans son acte de naissance, c'est bien évidemment le nom de sa mère qui lui appartient. Que s'il est plus tard reconnu par son père, cette circonstance ne le dépouille certainement pas du nom sous lequel il est inscrit dans son acte de naissance, qui peut-être constitue pour lui le bien auquel il tient le plus, par l'illustration qu'il lui a donnée. Il ne lui est même pas permis de l'abandonner pour prendre, dans l'avenir, le nom de son père : cette mutation ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation, que la justice pourrait accorder ou refuser, suivant les circonstances.

La *nationalité* de l'enfant naturel est donc indépendante du nom qu'il porte. Autrement il faudrait dire, ce qui est inadmissible, qu'elle serait déterminée par la condition de son père ou de sa mère, suivant qu'il porterait le nom de l'un ou de l'autre.

J'ajoute que, dans notre ancienne jurisprudence, l'enfant naturel portait habituellement le nom de son père, ce qui n'empêchait pas de régler sa nationalité par celle de sa mère.

Mais, dit-on, lorsqu'un enfant naturel a été reconnu par son père et par sa mère, c'est au père, de préférence à la mère, que la loi confie la puissance paternelle : elle le rattache donc plus intimement au père qu'à la mère! Dès lors, n'est-il pas logique de lui donner la nationalité de son père ?

Cet argument n'est rien moins que décisif. La puissance paternelle ne prouve pas que le lien qui unit le père à l'enfant est plus étroit, plus intime que celui qui attache l'enfant à sa mère. Si la loi choisit ici le père, c'est uniquement parce qu'elle le présume plus capable que la mère d'exercer l'autorité qu'elle lui confie. Cette préférence ne prouve donc rien absolument. Dès lors, quelle raison y a-t-il de supposer l'abrogation de l'antique règle : *Partus ventrem sequitur?*

— Suivant M. Laurent (t. I, n° 331), l'enfant naturel (comme l'enfant légitime, du reste) peut choisir entre la nationalité de son père et la nationalité de sa mère : il peut prendre celle des deux qu'il préfère.

(2) Demante (t. I, p. 64) assimile à ce dernier cas celui où l'enfant, reconnu

Lorsque la personne dont l'enfant doit suivre la condition était étrangère au moment de la *conception* de l'enfant, et française au moment de sa *naissance*, ou réciproquement, quelle condition l'enfant reçoit-il?
Faut-il s'attacher à l'époque *de sa conception* ou à celle *de sa naissance?*

148. — Reste une question à examiner. L'enfant prend-il la condition qu'avait son père ou sa mère au moment de sa ***conception*** ou au moment de sa ***naissance?*** La question est sans intérêt lorsque la condition qu'avait son père ou sa mère au moment de sa ***conception*** est encore la même au moment de sa ***naissance :*** c'est le cas qui se présentera le plus fréquemment. Mais l'hypothèse contraire est possible : car, dans l'intervalle de la conception à la naissance, la personne dont l'enfant doit suivre la condition a pu, de Française qu'elle était, cesser de l'être par une naturalisation acquise en pays étranger, ou, réciproquement, d'étrangère qu'elle était, devenir Française par une naturalisation acquise en France. Dans cette hypothèse, à quelle époque doit-on se placer pour régler l'état de l'enfant? au moment de sa ***conception,*** ou au moment de sa ***naissance?***

On distinguait, en droit romain, entre le cas où l'enfant, ***issu du mariage,*** suivait la condition de son père, et le cas où, ***né en dehors du mariage,*** il suivait la condition de sa mère. Dans la première hypothèse, l'enfant prenait la condition que son père avait au moment ***de la conception;*** dans la seconde, celle qu'avait sa mère au moment ***de la naissance.***

On justifiait cette différence par la différence même qui existe entre l'œuvre du père et l'œuvre de la mère dans la génération de l'enfant. Et, en effet, dès qu'il est conçu, l'enfant est indépendant de son père, qui peut mourir sans que son état en soit affecté : c'est à ce moment de la conception qu'il lui communique le principe de la vie, et avec elle le germe de sa condition, de sa nationalité. Mais lorsque l'enfant doit suivre la condition de sa mère, il ne peut la recevoir qu'au moment de la naissance : car jusqu'à cette époque il n'est qu'une partie d'elle-même, et ne fait avec elle qu'une seule et même personne (1).

Notre Code ne s'étant pas expliqué sur ce point, plusieurs opinions ont été émises.

Demante (t. I, p. 65) reproduit la théorie romaine. Il s'attache à l'époque de la ***conception*** ou à l'époque de la ***naissance,*** suivant que l'enfant doit prendre la condition de son père ou celle de sa mère.

Quelques personnes suivent la même règle, mais avec un tempérament tiré de la maxime : ***Infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.***

Soit un enfant né en légitime mariage de deux personnes ***étrangères*** au moment de sa conception, mais ***françaises*** au moment de sa naissance. Selon la règle romaine, acceptée par Demante, l'enfant, étant né en légitime mariage, doit prendre la condition que

par une femme française, est également reconnu par un étranger appartenant à un pays où la reconnaissance n'est point admise comme mode de constater la paternité naturelle.

(1) Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. romain*, t. I, p. 175 de la 3[e] édition.

son père avait au moment de la conception : il naîtra donc étranger. Dans le second système, il naîtra Français. Et, en effet, on ne peut être Français ou étranger, faire partie de telle ou telle nation, *qu'autant qu'on est né :* ce n'est que par une fiction *introduite en faveur de l'enfant* qu'on peut le réputer né du jour de sa conception. Dans l'espèce, l'enfant n'a pas d'intérêt à être réputé né du jour de sa conception : car, aux yeux de la loi française, il vaut mieux pour lui qu'il naisse Français qu'étranger. La fiction *infans conceptus...* étant mise de côté, force est bien de s'en tenir à la réalité, et de donner à l'enfant la condition qu'avait son père au moment où il a pu la recevoir, c'est-à-dire au *moment de sa naissance.*

Soit maintenant un enfant naturel, né d'une femme *française* au moment de la *conception,* mais *étrangère* au moment de la *naissance.* Cet enfant naît étranger, dans le système de Demante : car, étant naturel, il doit suivre la condition qu'a sa mère au moment de sa naissance. Dans le second système, au contraire, il naît Français; son intérêt, étant d'être Français plutôt qu'étranger, la fiction *infans conceptus...* reçoit ici son application (1).

Le second système se résume en cette formule : il suffit, pour qu'un enfant naisse Français, que la personne dont il doit suivre la condition (son père ou sa mère) ait été Française, soit au moment de sa conception, soit au moment de sa naissance, soit même dans l'intervalle de ces deux époques (2).

(1) Voy., dans le sens de ce 2e système, MM. Aubry et Rau, t. I, § 69, notes 2 et 3; Demol., t. I, p. 151.

(2) Un troisième système peut être soutenu. Je le formule ainsi : *Que la condition de l'enfant soit réglée par celle de son père, ou qu'elle le soit par celle de sa mère, c'est toujours et uniquement au moment de sa naissance qu'il faut s'attacher.*

La femme qui porte en son sein un enfant conçu ne compte point pour deux dans la société : son enfant est une partie d'elle-même et se confond avec elle. Ainsi, l'enfant qui n'est que conçu, qui n'a pas encore vu le jour, ne compte point dans la société humaine.

Il est donc incapable d'aucun droit. Il n'est et ne peut être ni étranger ni Français.

Ce n'est que *fictivement* et en le considérant comme *né* qu'il peut être le sujet d'un droit; or, cette fiction existe-t-elle? Dans quelle loi est-elle écrite ? aucun texte, que je sache, n'en contient la formule. La loi, il est vrai, l'admet en matière de succession et de donation (art. 725 et 906); mais, par cela même qu'elle prend soin d'en faire l'application à deux cas spéciaux, elle l'exclut implicitement pour tous les autres.

Mais, dit-on, si l'enfant conçu est réputé né en matière de succession et de donation, c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agit pour lui que d'*intérêts pécuniaires,* à bien plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il s'agit d'un intérêt beaucoup plus important, d'une question d'état !

Cet *à fortiori* n'est pas aussi sûr qu'on l'affirme. L'enfant conçu a un intérêt évident, certain, à être réputé né, à l'effet d'acquérir les successions qui s'ouvrent à son profit, ou les donations qui lui sont offertes. Il n'en est pas de même dans le cas qui nous occupe. Sans doute, sous certains rapports, il vaudrait mieux pour l'enfant être Français qu'étranger; mais, dans la plupart des cas, ce sera le contraire qui aura lieu. En principe, il importe à l'enfant de n'avoir

En résumé, quelles personnes sont françaises par le bienfait *de la naissance ?*

149. — En résumé, sont Français par le bienfait de la naissance :

1° Les enfants *légitimes* nés d'un père Français, encore que leur mère soit étrangère, et alors même qu'ils sont nés à l'étranger ;

2° L'enfant né en France de parents restés inconnus (voy. les nos 142 et 144) ;

3° L'enfant né en France d'un étranger *qui lui même y est né,* sauf le droit pour cet enfant de réclamer, dans l'année de sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, la qualité d'étranger (voy. le n° 143) ;

pas une nationalité différente de celle qu'a son père ou sa mère : la qualité de Français, attribuée à l'enfant dont le père est étranger, ne serait pour lui qu'une source d'embarras. Quel est, en effet, le pays qu'il habitera, où il sera appelé à exercer ses droits ? La France ? quelquefois ! Mais le plus souvent il n'y résidera pas : car son père, sous la puissance duquel il est placé, l'emmènera presque toujours dans la patrie nouvelle qu'il s'est donnée. C'est là qu'il est destiné à vivre, là qu'il désirera se marier, acquérir des biens et en disposer. Son intérêt général, son intérêt bien entendu, demande donc qu'il ait la nationalité propre à lui conférer le bénéfice des lois du pays que son père ou sa mère a accepté pour patrie.

La fiction *infans conceptus...* n'avait pas, d'ailleurs, dans le droit romain, auquel on l'emprunte, l'étendue qu'on lui donne aujourd'hui. Ainsi, dans l'espèce qui nous occupe, elle n'avait pas d'application, lorsque la condition de l'enfant était réglée par celle de la mère : l'enfant né en dehors du mariage prenait toujours la nationalité qu'avait sa mère *au moment de l'accouchement.*

— En résumé, l'enfant conçu, n'ayant pas d'existence reconnue par la loi, ne peut acquérir aucun droit avant sa naissance.

Tel est le principe, le droit commun ; or, la loi, qui s'en est écartée dans deux cas spéciaux (art. 725 et 906), n'y a pas dérogé pour le cas qui nous occupe : donc..., etc.

Les rédacteurs du Code ont pensé sans doute que la difficulté de savoir si le changement d'état qu'a subi le père ou la mère est antérieur ou postérieur à l'époque mystérieuse de la conception donnerait lieu à trop de procès : ils ont préféré, afin de couper court à ces incertitudes, s'en tenir à l'époque de la naissance, dont la preuve est toujours aussi certaine que facile.

Ce serait, d'ailleurs, tomber dans l'absurde que de prétendre que la fiction *infans conceptus...* a été maintenue avec toute l'étendue qu'elle comporte dans ses termes. Je n'en veux donner qu'un exemple.

Une jeune fille, âgée de *quatorze ans et trois mois,* étant enceinte, et son séducteur ne demandant pas mieux que de réparer sa faute, les deux familles, d'accord sur le mariage, songèrent à obtenir des dispenses d'âge (voy. les art. 144 et 145) ; mais ces dispenses ne s'obtiennent pas en quelques jours, et on était pressé, on tenait à ce que la grossesse de la future ne se révélât au public qu'après le mariage. Un avocat intervint alors, qui donna l'avis suivant : « Si la future était *née* du jour de sa conception, c'est-à-dire neuf mois avant sa naissance, elle aurait aujourd'hui quinze ans accomplis, ce qui lui permettrait de se marier sans dispense d'âge ; or, un enfant conçu est réputé né du jour de sa conception, *lorsqu'il y a intérêt ;* dans l'espèce, la future a un intérêt sérieux et légitime à célébrer dans le plus bref délai le mariage qui doit mettre son honneur à couvert : donc sa naissance date du jour de sa conception ; donc, en calculant son âge à compter de cette époque, elle a quinze ans accomplis. »

Personne, que je sache, n'acceptera ce raisonnement, et cependant il serait logique si la règle *infans conceptus...* avait le sens absolu qu'on lui donne.

— Suivant M. Laurent (t. I, n° 327), il faut toujours s'attacher au moment de la *naissance,* à moins que l'enfant ne déclare qu'il préfère que sa nationalité soit réglée d'après l'état de choses existant au moment de sa *conception.*

4° L'enfant naturel, reconnu soit seulement par un Français, soit seulement par une Française, soit par un Français et par une Française. — Si ceux qui l'ont reconnu ont chacun une nationalité différente, l'une française et l'autre étrangère, la question de savoir laquelle des deux doit lui être attribuée est controversée : les uns lui donnent la nationalité de son père, les autres la nationalité de sa mère (voy. le n° 146).

150. — Si la personne dont l'enfant doit suivre la nationalité en a changé dans l'intervalle de la conception à la naissance, la question de savoir s'il suivra la nationalité qu'elle avait au moment *de la conception,* ou celle dont elle est investie au moment *de la naissance,* a donné lieu à trois systèmes :

Premier système. — Sa condition doit-elle être réglée par celle du père : on s'attache au moment *de la conception.* Doit-elle l'être par celle de la mère : on ne considère que l'époque de *l'accouchement* (voy. le n° 148).

Second système. — Que sa condition doive être réglée par celle du père, ou qu'elle doive l'être par celle de la mère, on ne s'attache jamais qu'au moment *de la naissance* (voy. le n° 148, à la note).

Troisième système. — L'enfant naît Français, par cela seul que la personne dont il suit la condition a été Française, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit dans l'intervalle de ces deux époques (voy. même n° 148).

151. — Des personnes qui deviennent françaises. — Les étrangers peuvent devenir Français de trois manières différentes : 1° par le *bienfait de la loi ;* 2° par la *naturalisation;* 3° par la *réunion définitive d'un pays au territoire de la France.*

Combien y a-t-il de manières de *devenir* Français ?

152. — 1° De l'acquisition de la qualité de Français par le bienfait de la loi. — Ce mode d'acquérir la qualité de Français ne doit pas être confondu avec la *naturalisation.*

Quelle différence y a-t-il entre l'acquisition de la qualité de Français *par le bienfait de la loi* et l'acquisition de cette qualité *par la naturalisation?*

On devient Français par le *bienfait de la loi,* lorsqu'on le devient en vertu d'un droit consacré par la loi, lorsqu'on réunit les conditions moyennant lesquelles la loi accorde le droit. On devient alors Français, que le gouvernement *le veuille ou ne le veuille pas :* ce n'est pas une *faveur* qu'on réclame, c'est un *droit* qu'on invoque.

La *naturalisation,* au contraire, est une *faveur* que le gouvernement accorde ou refuse, suivant qu'il le juge à propos, aux étrangers qui la réclament.

Ajoutons que le stage en France, imposé à l'étranger qui sollicite la naturalisation, n'est pas exigé de celui qui peut devenir Français par le bienfait de la loi (voy. n° 165).

153. — L'acquisition de la qualité de Français *par le bienfait de la loi* a lieu dans trois cas, qui font l'objet des articles 9, 10 et 12. Ainsi, peuvent devenir Français de cette manière :

Quelles personnes ont le droit de devenir Françaises *par le bienfait de la loi?*

154. — *a.* Les enfants nés sur le sol français de parents étrangers. — Un enfant naît en France, mais de parents étrangers :

Quelle est la condition d'un enfant né, en France, d'un étranger?

quel est son état? Il eût été Français dans notre ancien droit : car la circonstance qu'on était né sur le territoire était par elle-même et par elle seule, c'est-à-dire indépendamment de l'origine, attributive de la qualité de Français (voy. le n° 142).

Il n'en est plus de même aujourd'hui. La qualité de Français a paru trop précieuse pour l'attacher au hasard, quelquefois à l'accident qui fait naître sur le sol de France un enfant que la nature fait étranger. On a pensé d'ailleurs qu'il n'était pas politique d'attribuer de plein droit notre nationalité à des personnes qui, étant par le sang dont elles vivent attachées à une autre patrie, feraient fi peut-être de la nôtre, et n'auraient, dans tous les cas, pour elle qu'un dévouement peu sûr.

Comment et à quelles conditions devient-il Français ?

Il se peut, cependant, que l'étranger né chez nous ait pour la France, précisément parce qu'il est né sur le sol français, un attachement réel : la nature a mis dans le cœur de l'homme un sentiment instinctif qui l'attache aux lieux où il a vu le jour. Si ce sentiment existe, si l'étranger qui l'éprouve le fait connaître en réclamant la qualité de Français, la loi, toute favorable, lui concède le bénéfice qu'il réclame, sans l'astreindre aux garanties qu'elle exige des étrangers ordinaires (1). Deux conditions seulement lui sont imposées par l'article 9. Il doit :

1° Déclarer (2), lorsqu'il réside en France, que son intention est d'y fixer son domicile; ou, s'il n'y réside pas, faire sa soumission d'y fixer son domicile, et l'y établir dans l'année, à compter de l'acte de sa soumission.

2° Faire cette déclaration ou cette soumission *dans l'année de sa majorité* (voy. la *Form.* 3).

Est-ce dans l'année de la majorité telle qu'elle est réglée par la loi française, ou dans l'année de la majorité telle qu'elle est réglée par la loi de son pays, qu'il doit faire sa déclaration?

155. — S'agit-il ici de la majorité *française,* ou de la majorité *réglée par la loi du pays auquel cet enfant appartient?*

La solution de cette question est facile. La déclaration qu'on exige de l'enfant qui, étant né en France, veut devenir Français, doit être faite dans l'année de sa majorité ; or, sa majorité, tenant à l'état de sa personne, n'est et ne peut être régie que par la loi du pays auquel sa personne appartient : nous avons, en effet, admis, sur l'article 3, qu'en principe la loi étrangère règle, même en France, l'état et la capacité des étrangers (voy. le n° 79).

La majorité étant d'ailleurs, dans la plupart des nations, plus reculée qu'en France, l'enfant, mineur en son pays, serait le plus souvent dans l'impossibilité de profiter de la faveur que lui offre la loi française : car, placé qu'il est sous l'autorité de ses ascendants ou de son tuteur, il n'aurait point la liberté de ses actions.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 3 de la Constitution de l'an VIII et de l'article 1er de la loi du 3 décembre 1849, l'étranger qui veut

(1) Mais de quel jour est-il Français? sa réclamation rétroagit-elle au jour de sa naissance, ou n'a-t-elle d'effet que pour l'avenir? Voy. le n° 190.

(2) Cette déclaration se fait à la municipalité de la résidence actuelle du déclarant, ou du lieu dans lequel il se propose d'établir son domicile.

devenir Français peut remplir, *dès qu'il a vingt et un ans accomplis,* les formalités prescrites pour la naturalisation. Mais cette espèce et celle qui fait l'objet de l'article 9 sont entièrement différentes : il ne faut donc pas raisonner de l'une à l'autre. Dans la première, l'étranger *peut* faire sa déclaration *après* vingt et un ans. C'est une *faculté* qu'on lui donne ; s'il ne l'exerce point à l'époque où il lui est permis de le faire, on ne l'exclut pas du droit de l'exercer dans l'avenir. Quant à lui, il n'y a point de *terme fatal :* il peut faire sa déclaration *à tout âge,* pourvu qu'il ait vingt et un ans accomplis. Il n'en est pas de même dans notre espèce. L'enfant qui veut user de la faveur qui lui est accordée doit le faire, *sous peine* de déchéance, *dans l'année de sa majorité :* il n'a donc qu'un an pour faire sa déclaration. S'il ne se présente pas dans ce délai, la loi le traite comme un étranger ordinaire. Dès lors il serait peu logique, et surtout bien dur, de faire courir ce délai contre lui avant qu'il soit entièrement maître de ses actions, c'est-à-dire avant qu'il ait atteint la majorité réglée selon la loi du pays auquel il appartient, tant qu'il n'est pas Français (1).

L'art. 9 n'a-t-il pas reçu, depuis le Code, des modifications importantes? Quelles sont ces innovations?

156. — L'article 9 a été, depuis le Code, modifié sous différents rapports :

1° La règle aux termes de laquelle l'enfant qui a droit au bénéfice de la loi doit, *sous peine de déchéance,* le réclamer *dans l'année de sa majorité,* a reçu une double exception. Cette réclamation peut, en effet, être faite *à tout âge :* « 1° par celui qui sert ou a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; — 2° par celui qui a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de sa qualité d'étranger » (loi du 22 mars 1849).

2° Le bénéfice introduit par l'article 9 n'est plus restreint aux enfants nés *en France* de parents étrangers : il a été étendu, par l'article 2 de la loi du 7 février 1851, aux enfants de l'étranger naturalisé Français, *quoique nés en pays étranger.* Leur déclaration (voy. la *Form.* 4) doit être faite dans l'année de leur majorité, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation de leurs parents, ou, s'ils étaient majeurs à cette époque, dans l'année qui suit celle de ladite naturalisation (2).

3° Les enfants nés, en France, de parents étrangers *qui eux-mêmes y sont nés,* naissent, *de plein droit, Français,* sauf à eux à réclamer (voy. la *Form.* 5), dans l'année de leur majorité telle qu'elle est réglée par la loi française, la qualité d'étranger (loi du

(1) Dem., t. I, nº 16 *bis,* II; Marc., sur l'art. 9; Duc., Bonn. et Roust., t. I, nº 32; Val., *Explic. somm.,* p. 12; MM. Demol., t. I, nº 165; Laurent, t. I, nº 336. — *Contrà,* MM. Dur., t. I, nº 129; Aubry et Rau, t. I, § 70, note 5.

(2) Comme le dit très bien M. Valette *(Cours de Code civil,* p. 53), les enfants qui étaient déjà majeurs lors de la naturalisation de leur père peuvent réclamer la qualité de Français *pendant toute l'année qui suit la naturalisation.* Tel est le sens qu'il faut certainement donner à la rédaction un peu vague de l'art. 2 de la loi de 1851 : *dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation.* — Comp. M. Demolombe, t. I, nº 165 *sexto.*

7 février 1851, art. 1, et loi du 16 décembre 1874, art. 1). — Ainsi, tandis que l'enfant né, en France, d'un *étranger* qui lui-même n'y est point né, naît étranger et ne peut devenir Français que par l'effet rétroactif d'une condition suspensive (voy., ci-dessus, les n[os] 142, 154, et, ci-dessous, le n° 190, 2[e] système), l'enfant né, en France, d'un *étranger* qui lui-même y est né, naît *Français,* et ne peut devenir étranger que par l'effet rétroactif d'une condition résolutoire.

Le premier, étant ÉTRANGER *pendente conditione,* ne peut être, tant qu'il conserve cette qualité, soumis aux charges de la qualité de Français; il ne peut non plus en obtenir les avantages.

Le second, étant FRANÇAIS *pendente conditione,* obtient, tant qu'il conserve cette qualité, les avantages qui y sont attachés et en supporte les charges (1). — Il pourrait même, dans certains cas particuliers, valablement renoncer, avant sa majorité, à réclamer par la suite la qualité d'étranger. L'article 2 de la loi du 16 décembre 1874 est, en effet, ainsi conçu : « Les jeunes gens aux« quels s'applique l'article précédent (2) peuvent, soit s'engager « volontairement dans les armées de terre et de mer, soit contrac« ter l'engagement conditionnel d'un an conformément à la loi du « 27 juillet 1872 (Titre IV, section III), soit entrer dans les écoles « du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en dé« clarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité d'étranger dans « l'année qui suivra leur majorité. Cette déclaration ne peut être « faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, ou, à « défaut du père, de la mère, ou, à défaut de père et de mère, « qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle ne doit être re« çue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables ».

Quelle est la condition d'un enfant né d'un ci-devant Français? *Quid,* si cet enfant est *né en France?* est-il alors Français de plein droit? Comment aurait-on résolu la question dans notre ancienne jurisprudence? Faut-il la résoudre de même sous l'empire du Code?

157. — *b.* LES ENFANTS NÉS, A L'ÉTRANGER OU EN FRANCE, D'UN CI-DEVANT FRANÇAIS OU D'UNE CI-DEVANT FRANÇAISE. — « Tout enfant né, *en pays étranger,* d'un Français qui a perdu la qualité de Français, peut *toujours recouvrer* cette qualité *en remplissant les formalités prescrites par l'article* 9. » Ainsi s'exprime le 2[e] alinéa de l'article 10.

« Né *en pays étranger...* » Faut-il, par argument *à contrario,* conclure de ces mots que l'enfant né d'un ci-devant Français, mais *en France,* est Français de plein droit? Cette conséquence résulte très clairement du texte de la loi, et elle était certainement dans la pensée de son rédacteur. On sait, en effet, qu'autrefois tout enfant *né en France,* fût-il né d'un étranger, était Français. Dans ce système, l'enfant né d'un ci-devant Français, *mais en France,* n'avait pas besoin de *devenir* Français, il l'était de plein droit.

Mais, dans le système nouveau du Code, qui n'attribue la qualité de Français qu'à l'origine, il n'y a pas lieu de distinguer si l'enfant d'un ci-devant Français est né à l'étranger ou en France :

(1) Voy. MM. Demangeat, *sur Fœlix,* t. I, p. 108; Val., *Explic. somm.,* p. 14; Dem., t. II, appendice, n° 315 *bis,* III; Demol., n° 165 *ter.*

(2) Nous avons donné le texte de cet article, ci-dessus, n° 143.

dès que ceux dont il suit la condition sont étrangers, il naît nécessairement étranger comme eux, quel que soit le lieu de sa naissance (voy. le nº 142).

Si l'article 10 rappelle implicitement l'ancien système, c'est qu'à l'époque où l'on arrêta sa rédaction, la règle qui attribuait à tout enfant *né en France* la qualité de Français existait encore; ce ne fut que plus tard, et après quelques controverses, qu'elle disparut. Sa suppression exigeait une modification dans l'article 10, la suppression des termes : *né en pays étranger;* mais, par inadvertance, on le laissa tel qu'il avait été rédigé à l'origine (1).

Ainsi, *sous l'empire du Code civil,* tout enfant né, à l'étranger ou *même en France,* d'un ci-devant Français, naît étranger. Toutefois, à la différence d'un étranger ordinaire, qui ne peut devenir Français que *par la naturalisation,* l'enfant né d'un ex-Français peut le devenir *par le bienfait de la loi* (2), conformément à l'article 9 combiné avec l'article 10 (voy. la *Form.* 6).

158. — Mais aujourd'hui, depuis la loi du 7 février 1851, cette théorie se trouve modifiée. On sait qu'aux termes de cette loi, l'enfant *né, en France,* d'un étranger (3) *qui lui-même y est né,* est Français *de plein droit* (voy. le nº 156, 3º); or, cette disposition s'applique évidemment aussi bien à l'enfant né *d'un ci-devant Français* qu'à celui qui est né *d'un étranger proprement dit.* La loi, en effet, ne distingue pas. On peut même dire qu'il existe un *à fortiori* en faveur de l'enfant du ci-devant Français : car, nous le verrons bientôt, le Code le traite plus favorablement que l'enfant d'un étranger ordinaire.

Quid, sous l'empire de la loi du 7 février 1851?

159. — Donc, en résumé : 1º l'enfant né, *à l'étranger,* d'un ci-devant Français, naît *étranger;* et il reste avec cette qualité, tant qu'il n'a pas acquis la qualité de Français en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. — 2º L'enfant né, *en France,* d'un ci-devant Français *qui lui-même y est né,* est, de plein droit, Français; et cette qualité, il la conserve, s'il n'a pas, dans l'année de sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française, réclamé la qualité d'étranger (voy. les nºs 143, 156-3º).

160. — « D'un Français qui a perdu la qualité de Français... » Ce mot *Français* est pris ici dans un sens générique pour désigner le père ou la mère de l'enfant : *Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.* Ainsi, l'enfant naturel, reconnu par une femme actuellement étrangère, mais qui antérieurement à l'accouchement était Française, jouit du même bénéfice que l'enfant d'un ci-devant Français. J'en dis

Le mot *d'un Français* doit-il, dans le 2e alinéa de notre art. 10, s'entendre même *d'une Française?*

(1) MM. Val., *Explic. somm.*, p. 13; Demol., t. I, nºs 146 et 166; Laurent, t. I, nº 343.

(2) Cette disposition s'applique-t-elle aux enfants de ceux qui, étant devenus Français par la réunion de leur pays à la France, ont depuis perdu cette qualité par la séparation des deux pays? J'ai soutenu l'affirmative dans une consultation qu'a publiée la *Revue pratique,* t. V, p. 256 et suiv.

(3) *Quid* s'il est né d'une étrangère ou d'une ci-devant Française? — Voy. la consultation indiquée ci-dessus.

autant de l'enfant légitime né d'un étranger proprement dit et d'une femme qui n'a cessé d'être Française que par l'effet de son mariage (1).

Quelle différence y a-t-il entre l'enfant d'un ci-devant Français et l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est point né?
Pourquoi le premier est-il traité plus favorablement que le second?

161. — « Peut *toujours*... » Ainsi, l'enfant né *d'un ci-devant Français* est traité plus favorablement que l'enfant né en France *d'un étranger ordinaire :* l'un peut *toujours,* c'est-à-dire *à tout âge,* pourvu qu'il soit majeur, réclamer la qualité de Français; l'autre ne le peut, au contraire, que dans un délai assez court, dans l'année qui suit sa majorité. — Cette différence s'explique sans peine. L'enfant né d'un ci-devant Français étant Français selon la nature, la loi ne doute pas de son attachement pour la France : à quelque époque qu'il se présente, elle l'accepte avec empressement, convaincue qu'elle est que le sentiment qui le fait agir ne peut être que son amour pour sa patrie naturelle. Il n'en est pas de même de l'enfant né en France d'un étranger : celui-là n'a rien de Français. Il se peut qu'il affectionne la France, puisqu'il y est né; mais, s'il est trop lent à manifester son désir d'avoir le titre de Français, la loi, avertie de son indifférence, présume, lorsqu'il se présente trop tard, qu'il ne vient que dans son intérêt personnel : aussi le traite-t-elle à l'égal d'un étranger ordinaire.

Le mot *recouvrer* dont se sert l'art. 10 est-il exact?

162. — « *Recouvrer* la qualité de Français... » Ce n'est pas *recouvrer,* mais *acquérir,* qu'il fallait dire. On ne peut, en effet, *recouvrer* que la qualité qu'on a eue et qu'on a perdue; or, l'enfant né d'un ci-devant Français n'a jamais eu, avant qu'il l'eût acquise, la qualité de Français.

163. — « En remplissant les formalités prescrites par l'article 9... » Il doit donc, s'il réside en France, déclarer que son intention est d'y fixer son domicile, ou, quand il réside en pays étranger, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et l'y établir dans l'année à compter de l'acte de soumission. Mais je rappelle qu'il peut faire sa déclaration *à tout âge,* pourvu qu'il ait au moins vingt et un ans.

Art. 12.
Quelle est la condition de la femme étrangère qui épouse un Français?

164. — *c.* La femme étrangère qui épouse un Français. — Elle devient Française, *de plein droit,* par le fait seul de son mariage : aucune condition, aucune formalité, n'est exigée d'elle.

Cette disposition est fondée sur une présomption de volonté : la loi suppose que la femme qui choisit un Français pour époux, qui accepte son nom et associe sa destinée à la sienne, entend par là même *suivre sa condition,* et, par conséquent, s'associer à sa nationalité.

En quel sens faut-il entendre la règle que *la femme suit la condition de son mari?*

— La règle que *la femme suit la condition de son mari* n'a pas toute l'étendue qu'elle paraît avoir. Elle ne signifie pas que la femme suit, non seulement la condition qu'a son mari au moment

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 70, note 17; Demol., t. I, n° 167; Dem., t. I, p. 72; Laurent, t. I, n° 344. — J'ai publié, en ce sens, une consultation dans *la Rev. prat.*, t. V, p. 254 et suiv. — *Contrà,* MM. Val., *Explic. somm.*, p. 15, et Demangeat (voy. la même consultation).

du mariage, mais encore toutes celles qu'il lui plaira de prendre à l'avenir; il faut l'entendre en ce sens simplement que la femme accepte tacitement la condition dont il est investi au moment où elle s'unit à lui. La femme connaît à l'avance cette condition, elle peut l'apprécier et en déterminer les conséquences : dès lors, il est naturel de supposer qu'elle s'y soumet volontairement. — La présomption en vertu de laquelle elle devient Française est même si forte aux yeux de la loi qu'il ne lui est point permis de la combattre par la preuve contraire : ainsi, elle ne serait point admise à établir qu'elle a entendu, en se mariant, conserver sa propre nationalité, qu'elle n'a pas accepté la patrie de son mari (1).

Mais comment supposer que la femme qui se marie confie à son époux la faculté de modifier à son gré son état à elle en même temps que le sien propre, qu'elle accepte à l'avance et en aveugle toutes les conditions qu'il lui plaira de prendre dans l'avenir? Une telle abdication de soi-même ne saurait être possible que par exception et dans des cas extrêmement rares; or, la loi ne présume pas l'invraisemblance. Les présomptions qu'elle admet sont toujours fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement : *Præsumptio venit ex eo quod plerumque fit.*

Ainsi, le mari ne peut point modifier à son gré l'état de sa femme : aucune loi ne lui accorde un droit aussi exorbitant. Lors donc qu'il change de nationalité pendant le mariage, sa femme ne subit point nécessairement le changement qu'il n'a accepté et qu'il n'a pu accepter que pour lui-même (2).

Concluons-en :

1° Que la femme d'un étranger qui se fait naturaliser Français reste dans sa condition d'étrangère;

(1) Serait-elle Française, même au cas où son contrat de mariage porterait expressément qu'elle entend conserver sa nationalité? Je n'irai pas jusque-là. Nos lois n'imposent pas la qualité de Français à qui n'en veut pas. Que gagnerait-on d'ailleurs à cette contrainte? un peu de haine pour la France! Qu'attendre d'une personne qui n'est devenue Française que *contrainte* et *forcée?* J'ajoute que cette femme, devenue Française malgré elle, pourrait, immédiatement après son mariage, et en obtenant à cet effet l'autorisation de son mari, s'affranchir, par une naturalisation acquise dans sa patrie naturelle, de la qualité qu'on lui aurait imposée en France. Or, à quoi bon la forcer de prendre une qualité qui lui répugne et lui permettre ensuite de s'en affranchir? Ce ne serait qu'un jeu puéril. — *Contrà,* MM. Demangeat, *sur Fœlix,* t. I, p. 92, note *a;* Demol., *Traité du mariage,* t. II, n° 111; Laurent, t. I, n° 348.

(2) En ce sens, MM. Dur., t. I, n° 189; Val., *sur Proud.,* t. I, p. 186; Marc., t. I, p. 193; Demol., t. I, n°s 104 et 175; Demangeat, *sur Fœlix,* t. I, p. 105; Dem., t. I, n° 36 *bis;* Colmet-d'Aage, *Rev. de droit franç.,* t. I, p. 401; Aubry et Rau, t. I, § 74, note 21; Laurent, t. I, n° 349.

Quelques auteurs enseignent qu'en se mariant la femme se *donne* à son mari; ils en concluent que l'époux absorbe en sa personnalité la personnalité de l'épouse et se l'assimile par un lien si intime qu'à vrai dire ils ne font qu'un : *erunt duo in carne unâ.* Dans ce système, la femme suivrait *dans tous les cas* la condition et, par suite, la nationalité de son mari. En ce sens, M. Zachariæ, § 166; Proudhon, t. I, p. 452; Fœlix, t. I, p. 104, et principalement M. Varambon, *Revue pratique,* t. VIII, p. 50, 65 et 130.

2° Que la femme étrangère ou Française, qui a épousé un Français, ne perd point sa qualité de Française lorsque son mari, par une cause quelconque, a perdu la sienne.

A quelles conditions est soumise la naturalisation *ordinaire?*

165. — 2° De l'acquisition de la qualité de Français par la naturalisation. — On a distingué pendant longtemps trois espèces de naturalisation, savoir : la naturalisation *ordinaire*, la naturalisation *extraordinaire*, la *grande* naturalisation. Les formalités et conditions auxquelles étaient soumis ces différents modes de naturalisation ont été réglées par la loi du 3 décembre 1849, remplacée aujourd'hui par la loi du 29 juin 1867 (1).

— *Naturalisation ordinaire.* — L'étranger qui veut l'obtenir doit remplir trois conditions. Il faut :

1° Qu'il ait vingt et un ans accomplis;

2° Qu'il obtienne du chef de l'État l'autorisation de s'établir en France;

3° Qu'il y réside effectivement pendant *trois ans*. Les trois ans commencent à courir du jour où la demande d'autorisation a été enregistrée au ministère de la justice.

Lorsque ces trois conditions concourent, la naturalisation n'est pas encore acquise; l'étranger doit la demander au gouvernement, qui ne l'accorde qu'après enquête sur sa moralité, et après avoir pris l'avis du Conseil d'État (2) (voy. la *Form.* 7).

A quelles conditions est soumise la naturalisation *extraordinaire?*
Quels étrangers peuvent l'obtenir?

— *Naturalisation extraordinaire.* — Elle est dispensée de la troisième condition exigée pour la naturalisation ordinaire, c'est-à-dire du stage de trois ans en France : une année de résidence suffit. — Ceux-là seulement peuvent l'obtenir qui ont rendu à la France des services importants ou qui ont introduit en France, soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y ont apporté des talents distingués, ou, enfin, qui y ont formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles (voy. la *Form.* 8). De même que la naturalisation ordinaire, elle est *facultative* pour le gouvernement, qui l'accorde ou la refuse, suivant qu'il le juge à propos.

Quels sont les effets de la naturalisation *ordinaire* et de la naturalisation *extraordinaire?*
Qu'était-ce que la *grande naturalisation?*

— *Grande naturalisation.* — La naturalisation ordinaire ou extraordinaire produit deux effets. Elle procure à l'étranger qui l'obtient : 1° la qualité de *Français;* 2° la qualité de *citoyen*, et, avec cette double qualité, la jouissance des droits civils et politiques. Toutefois, elle ne le plaçait pas au même rang que les Français de naissance, ou qui le sont devenus par le bienfait de la loi : ceux-ci étaient *éligibles*, les étrangers *naturalisés* ne l'étaient pas. Le droit de siéger comme député au Corps législatif ne pouvait pas être conféré par le gouvernement, c'est-à-dire par l'effet d'une naturalisation ordinaire ou extraordinaire. Un étranger ne

(1) Sur cette loi du 29 juin 1867, voy. l'article publié par M. James de Rothschild dans la *Revue pratique*, t. XXIV, p. 305 et suiv.

(2) Il n'est plus nécessaire que cet avis soit favorable à la naturalisation; il suffit que le Conseil d'État ait été consulté.

pouvait l'obtenir qu'en vertu d'une *loi*. Cette loi est ce qu'on appelait la *grande naturalisation* (1).

166. — 3° De l'acquisition de la qualité de Français par l'incorporation a la France d'un territoire étranger. — Il a toujours été admis dans notre ancien droit que les habitants nés sur un territoire étranger incorporé à la France deviennent Français par le fait seul de cette incorporation (Pothier, *Traité des personnes,* tit. II, sect. 1). Nos lois nouvelles n'ont pas reproduit le même principe, mais elles ne l'ont pas abrogé : il subsiste donc.

A quelle condition l'incorporation d'un territoire est-elle attributive da la nationalité française?

La réunion peut résulter soit d'une cession volontaire du territoire par un traité de puissance à puissance, soit de la conquête; mais, dans ce dernier cas, la naturalisation n'a lieu qu'autant que la conquête est consommée, définitive (2).

167. — Terminons cette matière par deux observations :

Les étrangers établis en France depuis de longues années et à perpétuelle demeure, c'est-à-dire sans esprit de retour dans leur pays, sont-ils Français par le fait seul de leur longue et constante résidence en France?

1° Il existe en France un nombre considérable d'étrangers qui n'ont plus de nationalité, qui ne sont ni Allemands, ni Anglais, ni Russes... Je veux parler de ces étrangers qui, sans se faire naturaliser Français, sans avoir même obtenu du gouvernement français l'autorisation de fixer leur domicile en France, s'y sont établis à perpétuelle demeure et sans esprit de retour dans leur patrie. Peut-on dire de ces personnes qu'elles ont acquis la qualité de Français par le fait seul de leur longue et constante résidence en France?

La question était controversée sous l'empire du Code civil; elle ne peut plus l'être aujourd'hui. Les lois du 22 mars 1849, du 3 décembre de la même année, du 7 février 1851, et du 16 décembre 1874, ont tout réglé :

L'étranger né en France d'un étranger *qui n'y est point né* est et reste étranger, alors même qu'il a pris du service en France. Cette circonstance, qu'il a supporté les charges publiques, ne lui confère qu'un seul avantage, celui de pouvoir, *à tout âge,* devenir Français par le bienfait de la loi (voy. le n° 156, 1°).

L'étranger né en France d'un autre étranger qui *lui-même y est né* est, de plein droit, Français (voy. les n°s 143 et 156, 3°).

L'étranger qui n'est point né en France, mais qui y a formé un établissement, ou qui y a apporté des inventions utiles, est affranchi, lorsqu'il demande sa naturalisation, du stage de trois

(1) Telle était la disposition de l'art. 1er de la loi du 3 décembre 1849. Demante (t. II, n° 320 *bis*, III), et M. Beudant (*Rev. crit. de législ.*, t. VII, p. 113), tiennent que cette disposition est restée en vigueur jusqu'à la loi de 1867. M. Demangeat (Fœlix, t. I, p. 103) pense, au contraire, que déjà sous l'empire de la Constitution du 14 janvier 1852, une loi n'était plus nécessaire pour qu'un étranger simplement naturalisé pût siéger au Sénat ou au Corps législatif. MM. Aubry et Rau (t. I, § 71); Val., *Explic. somm.* (p. 35, note 2), et Demol. (t. I, n° 160 *quater*), partageaient cet avis. — Aujourd'hui il est certain qu'il n'y a plus de grande naturalisation.

(2) Voy., pour plus de détails, MM. Aubry et Rau, t. I, § 72.

ans de résidence en France, imposé aux étrangers en général (voy. le n° 165).

En dehors de ces hypothèses, un étranger n'est et ne peut devenir Français que par la naturalisation ordinaire, expressément accordée par le gouvernement *après enquête,* et sur l'avis du Conseil d'État (voy. le n° 165). — Toutefois, s'il a perdu sa propre nationalité, sa capacité est réglée alors par la loi française (voy. le n° 137).

Comment prouve-t-on sa qualité de Français?

168. — 2° En attribuant la qualité de Français à l'enfant né en France d'un étranger *qui lui-même y est né,* la loi du 7 février 1851 a introduit, par voie de conséquence, une innovation dont je dois rendre compte.

Ceux qui sont Français par la naturalisation ou par le bienfait de la loi peuvent, *même sous l'empire du Code civil,* facilement prouver leur qualité. Elle est, en effet, constatée par des actes dont on peut toujours se procurer une copie. Leurs enfants ont la même facilité, car l'acte qui constate la qualité de leur père (ou de leur aïeul) établit la qualité qu'ils ont reçue de lui.

Peut-on la prouver par son acte de naissance?

Mais comment un enfant, dont tous les ancêtres ont été Français *d'origine,* peut-il, *sous l'empire du Code civil,* prouver sa qualité de Français? Par son acte de naissance, répond-on souvent! Mais on ne prend pas garde que cette prétendue réponse ne fait que reculer la difficulté. Mon acte de naissance ne prouve pas, en effet, que mon père est d'origine française; or, je ne puis prouver que je suis Français qu'en montrant que mon père l'était lui-même, ce que je ne puis faire qu'en prouvant que son père, mon aïeul, l'était également, et ainsi de suite, en remontant de mon père à chacun de mes ancêtres.

Comment la prouve-t-on alors?

Il semble donc qu'on aboutit à une impossibilité. Il n'en est rien cependant. Il me suffit, en effet, pour établir ma qualité de Français, de prouver que l'un de mes ancêtres est *né en France* avant la promulgation du Code, car sa naissance sur le sol de France lui a nécessairement imprimé la qualité de Français (voy. le n° 142) : la nationalité de sa postérité est par là même directement établie. Que si je ne puis pas administrer cette preuve, j'invoquerai alors la possession d'état de mes ancêtres. Mon père, dirai-je, a toujours été considéré comme Français; il s'est comporté comme tel pendant tout le temps qu'il a vécu, prenant et recevant sa part des charges et des bénéfices de la société française. Cette longue, constante et publique possession de la qualité de Français a fait naître, à son profit, une présomption qui lui a servi de preuve : il est réputé Français, tant que le contraire n'est pas établi. La même présomption me profite. Dès lors, je n'ai pas à prouver que je suis Français, puisque je suis présumé l'être; c'est à celui qui soutient que je ne le suis pas à l'établir.

Ne peut-on pas aujourd'hui la prouver directement par des actes de naissance?

Aujourd'hui, la preuve est plus facile encore : la personne qui invoque la qualité de Français peut l'établir directement, indépendamment de toute possession d'état, par son acte de naissance et par l'acte de naissance de son père : car, si ces actes établis-

sent qu'elle est née en France et que son père y est également né, sa qualité de Français se trouve par là même démontrée (voy. les nos 143 et 156, 3°).

CHAPITRE II. — DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

6e *Répétition.*

169. — La jouissance des droits civils se perd : 1° par l'effet de la perte de la qualité de Français; 2° par l'effet de certaines condamnations.

Comment perd-on la jouissance des droits civils ?

SECTION PREMIÈRE. — DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

170. — Deux principes dominent cette matière :

Art. 17.

1° *Tout Français, maître de ses droits, est libre d'abdiquer sa patrie : la France ne s'impose pas.* — Les rédacteurs du Code ont pensé avec raison que le Français qui le serait malgré lui n'aurait pour sa patrie ni dévouement ni affection : on ne sert bien que ceux qu'on est maître de ne pas servir.

Un Français est-il libre d'abandonner sa nationalité ?

2° *On ne peut avoir deux patries à la fois.* — La patrie n'est et ne peut être, en effet, que le pays auquel on promet son concours pour l'élever au-dessus de tout autre : on se doit donc à lui tout entier et sans partage.

Peut-on avoir deux patries ?

171. — Des principes que je viens de poser, il résulte que les Français cessent de l'être :

Comment se perd la qualité de Français?

1° Lorsqu'ils acquièrent une nationalité nouvelle;

2° Lorsqu'ils ont abdiqué leur patrie sans se donner à une autre.

La qualité de Français se perd donc :

1° Par la *naturalisation acquise à l'étranger;*

2° Par le fait *d'une simple abdication.*

Toutes les causes qui, d'après le Code, font perdre la qualité de Français, se rattachent à l'un ou à l'autre de ces deux faits. Ces causes sont au nombre de cinq.

La qualité de Français se perd :

172. — 1° Par la *naturalisation acquise* en pays étranger.

Le Français qui, sans se faire naturaliser, obtient dans un pays étranger la jouissance des droits civils perd-il sa qualité?

« Par la *naturalisation*... » C'est-à-dire par l'acquisition d'une nationalité étrangère. Ainsi, celui-là ne perd pas sa qualité de Français qui, *sans se faire naturaliser,* sollicite et obtient, dans le pays où il se trouve, la jouissance des droits civils. De même que les étrangers n'acquièrent point chez nous la qualité de Français par cela seul qu'ils ont demandé et obtenu la jouissance de nos droits civils (art. 13), de même les Français ne sont point déchus de leur qualité, lorsqu'un gouvernement étranger leur concède simplement la jouissance de certains droits.

« *Acquise*... » Les Français conservent donc leur nationalité tant que la naturalisation qu'ils sollicitent à l'étranger ne leur a pas été accordée.

Quid, s'il a sollicité sa naturalisation à l'étranger?

Enfin, bien que le Code ne le dise pas expressément, il ne

Quid, s'il n'a pas ac-

cepté celle qu'un gouvernement étranger lui a directement offerte?

suffit point, pour qu'un Français perde sa qualité, qu'un gouvernement étranger lui ait conféré, *de sa propre autorité,* le bénéfice de la naturalisation; il faut, de plus, qu'il l'ait sollicitée ou au moins acceptée (1).

Quid, du Français qui a accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger?

173. — 2° « Par l'acceptation, *non autorisée par le chef de l'État,* de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger... » — Ce second cas est indépendant du premier. Le Français qui accepte, sans autorisation du gouvernement français, des fonctions publiques à l'étranger, perd sa qualité, alors même que l'acceptation de ces fonctions ne lui confère pas la nationalité étrangère; il cesse d'être Français par le fait d'*une simple abdication de sa patrie.* Il est réputé renoncer à son pays, par cela même qu'il se place sous l'autorité d'un gouvernement étranger, sans faire acte de soumission envers le sien.

Quelle différence y a-t-il entre la naturalisation et l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger?

174. — Notons la différence entre les deux cas que nous venons d'étudier. L'acceptation de fonctions publiques à l'étranger ne dénaturalise pas le Français qui, avant d'accepter ces fonctions, s'est fait autoriser à cet effet par le gouvernement français : cette marque de soumission envers le gouvernement de son pays montre qu'il entend rester sous son autorité, et, par conséquent, conserver sa nationalité. Il n'en est pas de même de la naturalisation acquise à l'étranger : le Français qui l'accepte perd par cela même et forcément sa nationalité; l'autorisation même du gouvernement français ne fait pas obstacle à cette déchéance.

175. — Toutefois, les effets de la naturalisation diffèrent suivant qu'elle a été acquise AVEC ou SANS l'autorisation du gouvernement.

Au premier cas, le Français qui a cessé de l'être perd le droit de succéder (2), *parce qu'il devient étranger.* Ce droit lui appartient donc, dans le cas où il compète *même à un étranger,* c'est-à-dire lorsque l'ex-Français est autorisé à rentrer en France et à y fixer son domicile (art. 13), et même, depuis la loi du 14 juillet 1819, indépendamment de toute autorisation et de toute résidence (voy. le n° 115).

Dans le deuxième cas, l'ex-Français perd le droit de succéder, *parce qu'il s'est rendu coupable envers son pays en portant sans autorisation ses services à l'étranger* (décret du 26 août 1811) (3); or, la

(1) Voy. MM. Demol., t. I, n° 179; Laurent, t. I, n°s 376 et suiv.

Une femme mariée peut-elle valablement se faire naturaliser par un gouvernement étranger, lorsqu'elle n'est autorisée ni de son mari ni de la justice? La Cour de Paris a décidé, par son arrêt du 17 juillet 1876, que la naturalisation ainsi obtenue n'est pas opposable au mari (Sir., 76, 2, 249). Cet arrêt ayant été déféré à la Cour de cassation, celle-ci a rejeté le pourvoi, le 18 mars 1878, mais sans se prononcer explicitement sur la question (Sir., 78, 1, 193).

(2) Le décret du 26 août 1811 (art. 3) dit expressément qu'il le conserve.

(3) Ce décret subsiste encore : car aucune Constitution ou loi postérieure n'en a prononcé l'abrogation expresse et générale. Mais bien entendu, il n'est resté en vigueur qu'en ce qui regarde celles de ses dispositions qui ne sont pas incompatibles avec la législation nouvelle. Ainsi, la confiscation des biens

faute qu'il a commise et, par suite, la déchéance qu'elle entraîne, ne sont effacées que lorsque le gouvernement lui en fait la remise en le réintégrant dans sa qualité.

Ainsi, le premier peut succéder en France au même titre que les étrangers ordinaires.

Le second ne le peut pas, tant qu'il n'a pas effacé sa faute, c'est-à-dire tant qu'il demeure étranger (1).

Quid, du Français qui forme un établissement à l'étranger ?

176. — 3° « *Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour; les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour...* » — Le Français qui porte à l'étranger ses capitaux, son industrie, ses talents, qui, la déshéritant de son travail, quitte la France sans esprit de retour, est réputé renoncer à sa qualité de Français : c'est encore un cas de *pure abdication.*

Mais dans quels cas le Français établi à l'étranger est-il réputé avoir perdu l'esprit de retour? Quelles sont les circonstances qui sont de nature à faire preuve de cette intention? La loi ne les détermine pas; c'est une pure question de fait, qu'elle confie à l'appréciation des juges.

Quelle différence y a-t-il, à cet égard, entre un établissement de commerce et tout autre établissement ?

Comment faut-il entendre la règle que les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour ?

177. — La loi admet une différence entre les établissements qui sont *de commerce* et ceux qui ne le sont pas. Recherchons en quoi elle consiste.

« *Les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour...* » Faut-il entendre cette disposition en ce sens que les établissements de commerce ne sont point présumés, *tant que la preuve du contraire n'est pas établie,* faits avec perte de l'esprit de retour? Mais il en est de même des établissements qui ne sont pas de commerce! Eux aussi sont présumés, jusqu'à preuve contraire, faits avec l'esprit de retour. La perte de l'esprit de retour, c'est-à-dire l'abdication de sa patrie, ne se présume en aucun cas : c'est toujours à celui qui prétend qu'elle existe à le prouver!

En quoi consiste donc la différence? Le voici, selon la plupart des auteurs. L'établissement *de commerce, par lui-même et à lui seul,* c'est-à-dire abstraction faite de toute autre circonstance, ne suffit jamais pour constituer l'absence de l'esprit de retour; tandis qu'un établissement *civil* peut être de telle nature, qu'à lui seul et indépendamment de toute autre circonstance, il fasse preuve que le Français qui l'a formé a quitté la France pour toujours.

Ainsi, dans ce système, l'établissement commercial, *joint à d'autres circonstances,* peut être, quand même les circonstances

qu'il prononçait contre le Français naturalisé sans autorisation n'est plus possible aujourd'hui : cette peine a été, en effet, abolie par la Charte de 1814, et elle n'a jamais été rétablie. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 74.

(1) En ce sens, Dem., *Rev. étrang. et franç.*, t. VII, p. 417 et suiv. ; Dur., t. I, n° 178; MM. Aubry et Rau, t. I, § 74, notes 7, 8 et 9; Demol., t. I, n° 188 — *Contrà*, M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 187.

qui l'accompagnent ne suffiraient pas à elles seules pour faire cette preuve, considéré comme ayant été fait sans esprit de retour (1).

Ce système ne me semble pas bon ; je n'y trouve pas la véritable pensée de la loi. Pour moi, l'établissement de commerce ne peut jamais être considéré comme ayant été fait sans esprit de retour. Et, en effet, de ces deux choses l'une. L'établissement de commerce n'est-il qu'un ***accessoire***, un ***accident***, dans le but que s'est proposé le Français qui s'est fixé à l'étranger : la perte de l'esprit de retour ne peut être admise qu'autant que l'établissement principal et civil est de nature à la prouver, ***indépendamment de l'établissement de commerce***. Cet établissement de commerce est-il, au contraire, le but principal, essentiel, dominant, que s'est proposé le Français qui a quitté sa patrie : les circonstances ou faits secondaires qui l'accompagnent, expliqués et justifiés par le fait principal dont ils ne sont que des accessoires, se confondent et s'absorbent en lui : il n'y a alors qu'un établissement de commerce, impuissant à prouver l'absence de l'esprit de retour.

Cette interprétation est confirmée :

D'une part, par notre article lui-même. Une règle absolue, générale, y est, en effet, posée : l'établissement de commerce ne peut ***jamais***, c'est-à-dire ***en aucun cas***, être considéré comme ayant été fait sans esprit de retour.

D'autre part, par M. Boulay, dans son ***Exposé des motifs*** au Conseil d'État : « On ne supposera pas facilement, dit-il, que le Français qui s'établit à l'étranger a renoncé à sa patrie ; mais, ajoute-t-il aussitôt, ***nulle preuve*** ne pourra même être alléguée contre lui à raison d'un établissement de commerce » (2).

177 *bis*. — Quoique le Français qui s'établit à l'étranger sans esprit de retour perde sa nationalité, sa femme ne cesse point pour cela d'être Française ; et il en est ainsi alors même qu'elle l'a suivi dans sa nouvelle patrie. On ne peut pas, en effet, induire de là qu'elle a entendu s'associer à sa condition nouvelle : car, obligée de le suivre partout où il lui plaît de résider, elle accomplit un devoir et subit une nécessité, lorsqu'elle s'expatrie avec lui. Toutefois, s'il est démontré par les circonstances qu'elle l'a volontairement suivi, qu'elle s'est associée à l'établissement qu'il a formé, et qu'elle aussi a perdu l'esprit de retour, notre disposition lui sera applicable de même qu'à son mari (3).

Art. 19.

Quid de la femme

178. — 4° ***Par le mariage d'une femme française avec un étranger***. — C'est la réciproque de la règle qui est consacrée dans

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 74, note 19 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 64 ; Dem., t. I, n° 34 *bis*, II ; Marc., t. I, p. 114.

(2) En ce sens, voy. M. Demol., n° 182. — M. Laurent (t. I, n° 384) professe une doctrine intermédiaire. Il admet bien que l'établissement commercial ne peut jamais servir de preuve contre le Français ; mais il n'admet pas que la volonté évidente, manifestée par des faits, de renoncer à sa patrie reste inopérante par la seule raison que celui qui a manifesté cette volonté est commerçant.

(3) MM. Aubry et Rau, t. I, § 74, p. 272 et 273, note 21 ; Laurent, t. I, n° 387.

l'article 12. La femme est toujours réputée vouloir s'associer à la nationalité de l'homme qu'elle choisit pour époux. Etrangère, elle devient Française quand elle épouse un Français; Française, elle devient étrangère lorsqu'elle s'unit à un étranger. Il en est ainsi, même au cas où elle est mineure au moment où elle se marie : la présence de ses ascendants qui l'assistent la relève de son incapacité, soit quant au mariage qu'elle contracte, soit quant aux conséquences qu'il entraîne (art. 1309 et 1398) (1).

française qui épouse un étranger ?

179. — ***Prise à la lettre,*** la règle que « la femme française qui épouse un étranger *suit la condition de son mari* » conduit à cette double conséquence :

1° La femme française qui épouse un étranger perd sa nationalité : *elle cesse d'être Française.* — Ce premier effet de son mariage est incontesté et incontestable;

2° Elle suit la condition de son mari, ***elle a donc la même nationalité que lui :*** s'il est Russe ou Allemand, elle devient comme lui Russe ou Allemande.

Ce second résultat a lieu lorsque la loi personnelle de son mari admet la règle que la femme ***suit la condition du mari;*** mais, dans certaines législations, le mariage n'est ni attributif ni désinvestitif de la nationalité. Ainsi, en Angleterre, la femme anglaise qui épouse un étranger ne perd point sa qualité d'Anglaise; et réciproquement la femme étrangère qui s'unit à un Anglais n'acquiert point la nationalité de son mari (2).

Est-il vrai qu'elle suive toujours la condition de son mari?
Le Code, à cet égard, ne dit-il pas plus qu'il ne peut ?

Supposons donc qu'une femme française épouse un Anglais :

(1) La femme étrangère qui se marie avec un Français ne devient pas Française malgré elle; la France ne s'impose pas! Lors donc qu'elle se marie sous la condition expresse qu'elle conservera sa nationalité, l'art. 12 n'étant plus applicable, sa nationalité lui reste (voy. le n° 164, p. 107, note 1). — Il n'en est pas de même de la femme française qui épouse un étranger : qu'elle le veuille ou qu'elle ne le veuille pas, elle perd sa nationalité.

La différence que je signale entre ces deux hypothèses n'est pas écrite dans la loi; mais elle résulte, ce me semble, de son esprit. La règle que la femme étrangère qui épouse un Français devient Française comme lui a pour *unique* fondement une présomption de volonté : la loi suppose que la femme entend suivre la condition, et, par suite, la nationalité de l'homme qu'elle a accepté pour époux; or, ce fondement de la règle, sa seule raison d'être, n'existe plus lorsque la femme a manifesté expressément une volonté contraire! — La déchéance que la loi prononce contre la femme française qui s'unit à un étranger a un *double* fondement. La loi la déclare étrangère : 1° parce qu'il est probable qu'elle a voulu l'être; 2° parce qu'en se plaçant sous l'autorité et la dépendance d'un étranger, elle s'est volontairement mise dans une position qui ne lui laisse pas la liberté de remplir utilement les devoirs dont elle est tenue envers son pays. Que si, en se mariant, elle déclare expressément qu'elle entend rester Française, le premier fondement de la règle s'efface, disparaît; mais le second subsiste.

Dans le premier cas, il s'agit d'une *faveur* que la loi française accorde à l'étrangère qui épouse un Français : la femme à qui elle est offerte peut donc la refuser. Dans le second, il s'agit d'une *peine,* d'une *déchéance :* la femme qu'elle atteint ne peut donc pas s'y soustraire.

(2) Cette deuxième règle a été abrogée en 1844. Voy. M. Demangeat, *sur Fœlix,* t. I, p. 92.

quelle sera sa condition? Elle cessera, en France, d'être Française. Sur ce point, aucune difficulté. Notre article ajoute qu'elle *suivra la condition de son mari,* et, par conséquent, qu'elle deviendra Anglaise; mais ne dit-il pas plus qu'il ne peut? Il se pourrait bien qu'en Angleterre elle ne suivît pas la condition de son mari, qu'elle ne fût pas Anglaise comme lui : la loi française ne peut pas, en effet, lui conférer, dans un pays qu'elle ne régit point, une qualité que la loi de ce pays ne reconnaît pas. Sur ce point encore tout le monde est d'accord.

Ainsi, en Angleterre, elle n'a pas qualité d'Anglaise, puisqu'on n'y admet point la règle que la femme suit la condition de son mari; elle n'est point non plus Française, puisque, selon la loi de son pays, elle a perdu sa nationalité d'origine.

Faut-il, en France, raisonnant de la même manière, dire : Elle n'est point Française, puisqu'elle a épousé un étranger ; elle n'est pas non plus Anglaise, puisque la loi anglaise lui refuse cette qualité ? Quelques personnes admettent cette solution. Dans ce système, la femme française qui a épousé un Anglais n'a aucune nationalité ni en Angleterre ni en France (1).

Je ne le crois pas bon. Oui, la femme française qui épouse un Anglais n'est, en Angleterre, ni Française ni Anglaise ; mais il n'en est pas de même en France. Elle n'y a plus la qualité de Française : cette qualité, elle l'a perdue en épousant un étranger. Mais, en la dépouillant de sa nationalité, la loi lui en confère une autre : elle lui confère celle de son mari. Peu importe qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas ailleurs la qualité d'Anglaise : c'est un point dont la loi n'a pas à s'occuper, qu'elle ne pouvait pas régler. En France, la loi est souveraine et doit être obéie ; or, la loi donne à la femme dont nous parlons la condition de son mari, elle l'associe à sa nationalité : c'est donc comme lui et à l'égal de lui, c'est-à-dire comme Anglaise, qu'elle doit être traitée.

180. — Quant à la femme anglaise qui épouse un Français, elle doit être traitée en France, non pas comme Anglaise, bien qu'elle ait conservé cette qualité dans son pays, mais comme Française, conformément au principe de l'article 12 de notre Code (2).

Art. 21.

Comment perd-on encore la qualité de Français ?

181. — 5° *Par l'acceptation d'un service militaire chez l'étranger, ou l'affiliation à une corporation militaire étrangère, lorsque l'acceptation ou l'affiliation n'a pas été autorisée par le gouvernement.*

182. — La qualité de Français se perd par une sixième cause, dont il n'est pas fait mention dans le Code, parce qu'elle appartient au droit public plutôt qu'au droit civil ; je veux parler *du démembrement définitif d'une portion du territoire français.* Lorsqu'un territoire est uni, définitivement joint à un autre, soit par la conquête, soit par un traité, ce territoire étant dénationa-

(1) En ce sens, M. Laurent, t. I, n° 385.

(2) Voy., sur toute cette matière, une dissertation de M. Colmet d'Aage, *Revue de droit franç. et étrang.*, t. I, p. 401.

lisé et soumis à une souveraineté nouvelle, ses habitants changent de nationalité : d'étrangers qu'ils étaient, ils deviennent Français, et réciproquement, suivant que le territoire a été détaché d'une nation étrangère pour être incorporé à la France, ou détaché de la France pour être uni à une nation étrangère. Mais le plus souvent leur condition est déterminée par des lois spéciales, ou des traités intervenus entre les deux gouvernements (1).

Lorsqu'un Français perd cette qualité, sa femme et ses enfants restent-ils Français ?

183. — *Des effets de la perte de la qualité de Français.* — Quelle que soit la cause qui lui a fait perdre sa qualité, le Français qui a cessé de l'être n'entraîne dans sa déchéance ni sa femme ni ses enfants : personne en France n'a le droit de modifier l'état et la capacité d'autrui (voy. le n° 164).

Le Français qui abdique sa patrie encourt-il une peine ?

184. — L'abdication de sa patrie est un fait licite et permis : le Français qui a cessé de l'être n'encourt donc, en principe, aucune peine (voy. toutefois les n°s 175 et 187).

Par quelle loi sont régis l'état et la capacité d'un Français qui a cessé de l'être ?

— S'il a acquis une nationalité nouvelle en perdant la sienne, sa capacité est régie en France par la loi du pays sous l'autorité duquel il s'est placé. Que s'il a cessé d'être Français sans se donner une autre patrie, sa capacité, de même que celle des étrangers qui n'ont point conservé leur nationalité, est régie par la loi française (voy. le n° 137).

Quelles différences y a-t-il entre un Français qui a cessé de l'être et un étranger ordinaire ?

— De même qu'un étranger de naissance, il peut, conformément à la loi du 14 juillet 1819, dont le bénéfice lui est applicable, acquérir par succession, donation ou legs. Toutefois, nous rappelons que le droit de succéder ne lui appartient qu'autant qu'il a demandé et obtenu, avant de se faire naturaliser, l'autorisation de son gouvernement. Dans le cas contraire, il ne peut succéder en France, ni comme Français, puisqu'il ne l'est plus, ni même comme étranger (voy. le n° 175).

Il est enfin, comme tout autre étranger, soumis à toutes les dispositions de rigueur que la loi a consacrées contre les étrangers en faveur des Français (voy. le n° 135).

185. — Cependant, cette assimilation n'est pas absolue. Le Français qui a cessé de l'être est, en effet, sous certains rapports, traité tantôt plus, tantôt moins favorablement qu'un étranger ordinaire.

Ainsi, les ci-devant Français, autres que ceux dont il est parlé dans l'article 21, *recouvrent* la qualité de Français plus facilement que ne *l'acquièrent* les étrangers. Sous ce rapport, l'ex-Français est mieux traité que l'étranger (voy. l'explic. des art. 18, 19 et 21, et notamment les n°s 186 et 187).

Sous d'autres rapports, mais à l'égard seulement des ci-devant Français de l'article 21, c'est l'inverse qui a lieu. Un étranger peut, quand bon lui semble, et sans aucune autorisation préalable, entrer en France et s'y établir, sauf, pour le gouvernement, la fa-

(1) Voy. la loi du 14 octobre 1814, et les observations critiques de M. Val. (*sur Proud.*, t. I, p. 129). Voy. aussi M. Laurent, t. I, n°s 354 et suiv.

culté de l'expulser, s'il le juge à propos (voy. la loi du 3 décembre 1849). La même règle est applicable aux Français qui ont perdu leur qualité par l'une des causes que prévoient les articles 17 et 19. Mais la loi s'est montrée plus rigoureuse à l'égard de ceux qui ont cessé d'être Français ***parce qu'ils ont pris du service militaire à l'étranger ou se sont affiliés à une corporation militaire étrangère :*** ceux-ci ne peuvent rentrer en France qu'avec l'autorisation du gouvernement. — Ajoutons que le ci-devant Français qui porte les armes contre la France est puni de mort (art. 75, C. pén.), tandis que l'étranger qui combat contre elle n'encourt aucune peine.

Art. 18, 19, 2e alinéa, et 21, 2e alinéa.
Comment recouvre-t-on la qualité de Français ?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire des distinctions ?
Comment ceux qui ont cessé d'être Français par l'une des causes énoncées dans l'art. 17 recouvrent-ils leur qualité ?

186. — *Comment on recouvre la qualité de Français.* — On la recouvre tantôt par l'effet d'une ***naturalisation privilégiée,*** tantôt par le ***bienfait de la loi,*** tantôt enfin par l'effet d'une ***naturalisation ordinaire.*** Il faut, à cet égard, distinguer par quels faits a été perdue la qualité qu'on veut recouvrer.

187. — 1° ***De ceux qui ont perdu la qualité de Français par l'une des causes énoncées dans l'article*** 17. — Ils deviennent Français, non pas, comme leurs enfants, par le ***bienfait de la loi*** (voy. le n° 167), mais par une ***naturalisation privilégiée.*** Je m'explique.

Les enfants nés ***à l'étranger*** (1) d'un ci-devant Français n'ont, pour acquérir la qualité de Français, que deux conditions à remplir. Il suffit : 1° qu'ils déclarent avoir l'intention de fixer leur domicile en France ; 2° qu'ils s'y établissent réellement dans l'année de leur déclaration. Sous cette double condition, la naturalisation a lieu ; ils n'ont pas à la demander au gouvernement. Qu'il veuille ou qu'il ne veuille pas, la qualité de Français leur est acquise : c'est la loi qui les en investit (voy. les nos 152 et 157). — Le ci-devant Français ne peut, au contraire, recouvrer sa qualité que sous l'***agrément*** du gouvernement français. L'article 18 exige, en effet, 1° qu'il déclare que son intention est de fixer son domicile en France ; 2° qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française (voy. la *Form.* 9) (2) ; 3° qu'il soit rentré en France avec

(1) S'ils sont nés *en France,* et si leur père y est né lui-même, ils n'ont aucune formalité à remplir ; ils sont Français de plein droit (voy. les nos 143 et 156 3°).

(2) L'art. 17 contenait une disposition ainsi conçue : « La qualité de Français se perd par l'affiliation à toute corporation étrangère qui exige *des distinctions de naissance,* » distinctions que la Constitution de l'an VIII ne reconnaissait pas. L'art. 18 dut naturellement, en se plaçant dans ce système, exiger du ci-devant Français qui veut recouvrer sa nationalité la renonciation *à toute distinction contraire à la loi française.* Napoléon ayant rétabli la noblesse, la disposition qui se trouvait dans l'art. 17 fut effacée. On aurait dû également faire disparaître la disposition corrélative de l'art. 18 ; mais elle a été conservée par mégarde. — Du reste, aux termes d'un avis du Conseil d'État du 21 janvier 1812, « tout Français qui, étant, même avec la permission « de S. M., au service d'une puissance étrangère, accepte de cette puissance « un titre héréditaire, est, par cette acceptation seule, censé naturalisé en « pays étranger ; et, si ladite acceptation a eu lieu sans autorisation de S. M., « il doit être traité selon le titre II du décret du 26 août 1811. »

l'autorisation du gouvernement. Cette autorisation n'est pas nécessaire, sans doute, pour lui donner le droit de revenir dans sa patrie : il y revient, il y rentre quand bon lui semble; mais elle est une condition *sine quâ non* de la naturalisation : il ne peut pas l'obtenir sans elle. Le gouvernement peut donc, en la refusant, l'empêcher de recouvrer la qualité de Français; mais, à la différence des étrangers ordinaires, il n'est pas soumis au stage de trois ans.

Comment la recouvrent les femmes qui l'ont perdue par l'effet de leur mariage avec un étranger?

188. — 2° ***Des femmes qui ont perdu leur qualité de Française par l'effet de leur mariage avec un étranger.*** — Elles la recouvrent tantôt par le ***bienfait de la loi,*** tantôt par une ***naturalisation privilégiée.***

Elles la recouvrent par le ***bienfait de la loi,*** lorsqu'elles deviennent veuves et qu'elles résident en France au moment de la dissolution de leur mariage. Dans ce cas, elles redeviennent Françaises ***de plein droit*** par la toute puissance de la loi, qui, sans exiger d'elles aucune condition, leur restitue la qualité qu'elles avaient perdue (1).

Elles la recouvrent par une naturalisation ***privilégiée,*** lorsqu'elles résident à l'étranger à l'époque de la dissolution de leur mariage. Dans ce cas, en effet, elles ne peuvent recouvrer leur qualité que sous la condition de rentrer en France ***avec autorisation du gouvernement*** (laquelle autorisation est ***facultative***), et de déclarer qu'elles veulent s'y fixer (voy. la *Form.* 10).

Ainsi, la veuve qui, au moment de la dissolution de son mariage, réside en France est traitée plus favorablement que celle qui n'y réside pas. Bien entendu, il s'agit ici, non pas d'une résidence ***accidentelle*** et ***momentanée,*** mais d'une résidence ***habituelle.*** J'en conclus que l'ex-Française qui, au moment où elle devient veuve, se trouve ***accidentellement*** en France, ***en passant***, ne jouit pas de la faveur dont il vient d'être parlé; et, à l'inverse, qu'elle y a droit, lorsque, à la même époque, elle se trouve accidentellement à l'étranger, si d'ailleurs elle réside ***habituellement*** en France.

Comment la recouvrent ceux qui l'ont perdue, parce qu'ils ont pris du service militaire à l'étranger ou parce qu'ils se sont affiliés à une corporation militaire étrangère?

189. — 3° ***Des Français qui ont perdu leur qualité parce qu'ils ont pris du service militaire chez l'étranger, ou parce qu'ils se sont affiliés à une corporation militaire étrangère.*** — Ils sont assimilés aux étrangers (voy. toutefois le n° 184) : comme eux, ils n'acquièrent la qualité de Français que par une ***naturalisation ordinaire,*** c'est-à-dire qu'après un stage de trois ans en France et sous l'agrément du gouvernement (2).

(1) MM. Aubry et Rau (t. I, § 75, note 6) estiment, au contraire, que la femme doit au moins déclarer que son intention est de se fixer en France. Voy. aussi, dans le même sens, M. Laurent, t. I, n° 397.

(2) Les Français qui, en 1814, ont cessé de l'être par suite des restitutions de territoire que la France fut alors obligée de faire, ne peuvent recouvrer leur qualité que par une naturalisation ordinaire. La loi du 14 octobre 1814 leur permettait de faire entrer, dans le compte de dix ans du stage alors

Cette disposition du Code civil a été modifiée par le décret du 26 août 1811. Les ci-devant Français de l'article 21 du Code civil peuvent, aux termes de l'article 12 de ce décret, recouvrer leur qualité de Français par de simples *lettres de relief,* que le chef de l'État peut leur accorder *sans aucune condition de stage.*

J'ajoute qu'aussi longtemps qu'ils demeurent étrangers ils sont incapables de succéder en France (appliquez ce qui a été dit sous le n° 175).

Art. 20.

Le recouvrement de la qualité de Français est-il rétroactif dans ses effets?

190. — *De l'effet de la réintégration d'un ci-devant Français dans sa qualité originaire.* — Le citoyen romain qui, après avoir été fait prisonnier de guerre, et réduit ainsi en servitude, échappait des mains de l'ennemi, sans esprit de retour, était, par une fiction de droit, connue sous le nom de *postliminium,* réputé n'avoir jamais été esclave, et par suite n'avoir pas cessé d'être citoyen. Il rentrait ainsi dans sa qualité, non seulement *pour l'avenir,* mais encore *dans le passé* (1). Quelques auteurs soutinrent, dans notre ancien droit, que la réintégration dans la qualité de Français avait, de même que le retour à Rome du prisonnier romain, un effet *rétroactif;* mais cette opinion ne prévalut point. Le système contraire a été expressément consacré par notre Code : le ci-devant Français, qui recouvre sa qualité, la recouvre pour l'avenir; il ne la recouvre point dans le passé. Ainsi, il n'a aucun droit aux successions qui se sont ouvertes avant la loi du 14 juillet 1819; ceux qui, conformément à l'article 726, les ont acquises à son défaut, en restent définitivement nantis. Cette théorie a dû être admise, afin de ne pas laisser la propriété trop longtemps incertaine.

Le principe de non-rétroactivité s'applique-t-il à l'étranger qui devient Français en vertu de l'art. 9?

191. — L'article 20, qui la consacre, se réfère aux individus qui deviennent Français en vertu des articles 10, 18 et 19; il ne rappelle pas l'article 9. En faut-il conclure, par *à contrario,* que la théorie dont il s'agit ne s'applique point dans l'hypothèse prévue par cet article? En d'autres termes, l'enfant qui est né en France d'un étranger, et qui devient Français en faisant la déclaration prescrite à cet effet, est-il réputé l'avoir été *dès le jour même de sa naissance,* ou ne le devient-il que *pour l'avenir,* à partir de sa déclaration?

Premier système. — *La qualité de Français acquise en vertu de l'article* 9 *ne remonte point à la naissance de l'enfant qui l'obtient.* — La loi, il est vrai, ne vise point cet article 9 dans l'article 20, où elle consacre le principe de non-rétroactivité; mais le silence qu'elle garde sur ce point a son explication naturelle. L'article 20 a dû se référer aux articles 18 et 19 et refuser expressément le bénéfice de la *rétroactivité* aux ci-devant Français qui recouvrent leur qualité, d'abord parce que ce point avait été controversé dans l'ancien droit, et ensuite parce que la loi s'était servie du mot *recouvrer,* dont le

imposé aux étrangers ordinaires qui demandent la naturalisation, le temps pendant lequel avait duré la réunion de leur pays à la France; mais cette faveur leur a été retirée par la loi du 3 décembre 1849.

(1) Inst. de Just., § 5 *Quib. mod. jus potest. solv.* (I, xii).

sens grammatical et amphibologique peut tout aussi bien s'adapter au passé qu'à l'avenir. Elle a dû également, et par la même raison, viser l'article 10 : il y est dit, en effet, que l'enfant d'un ci-devant Français *recouvre* la qualité de Français en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. Ce mot *recouvre* est inexact sans doute : je l'ai déja critiqué (voy. le nº 162) ; mais la loi qui s'en était servie a dû prévenir le doute qu'il pouvait faire naître. Elle n'a pas eu, au contraire, à s'occuper de l'hypothèse réglée par l'article 9, par la raison bien simple qu'il n'y avait dans ce cas aucun doute à prévoir et à lever. N'est-il pas, en effet, évident que celui qui *acquiert* une qualité qu'il n'a jamais eue, ni selon la nature ni selon le droit civil, ne peut pas être réputé l'avoir eue dans le passé ? Sans doute ce résultat serait possible au moyen d'une fiction lé gale ; mais cette fiction, il n'était pas nécessaire de dire expressément qu'elle n'existe pas, il suffisait de ne pas l'établir.

Et d'ailleurs, s'il était vrai que l'acquisition de la qualité de Français, dans l'hypothèse de l'article 9, a lieu rétroactivement parce que l'article 20, qui pose le principe de non-rétroactivité, ne prévoit pas ce cas, il faudrait alors aller jusqu'à dire, ce que personne n'admet, que la naturalisation est rétroactive dans ses effets, lorsqu'elle est acquise, soit par un étranger proprement dit, soit par un Français qui a perdu sa qualité pour avoir pris du service militaire à l'étranger. L'article 20 ne se réfère pas, en effet, à cette double hypothèse !

Un dernier argument. L'enfant né d'un ci-devant Français ne jouit pas du bénéfice de la rétroactivité ; la loi le préfère à l'enfant né en France d'un étranger (voy. le nº 161) : donc, *à fortiori,* la rétroactivité n'a pas lieu au profit de ce dernier (1).

Deuxième système. — L'enfant qui devient Français en se conformant aux prescriptions de l'article 9 *doit être considéré comme ayant été Français dès l'instant de sa naissance.* — L'article 20, où se trouve le principe de non-rétroactivité, ne rappelle point, en effet, l'article 9, et s'il le passe sous silence, c'est certainement à dessein. On sait que, d'après notre ancien droit, tout individu *né en France,* même d'un étranger, *naissait* Français (voy. le nº 142). Cela posé, que fait la loi dans l'article 9? A-t-elle supprimé le principe? Non, elle l'a simplement modifié : l'acquisition de la qualité de Français par l'individu né en France d'un étranger sera, dit-elle, subordonnée désormais à la condition suspensive d'une déclaration à faire dans l'année de sa majorité. Or, toute condition suspensive qui s'accomplit est *rétroactive* dans son effet (art. 1179, C. civ.). Le mot *réclamer* dont se sert la loi concorde parfaitement avec cette rétroactivité, puisqu'il implique la *revendication d'un droit préexistant* (2).

(1) Dur., t. I, nº 199; Marc., art. 9; Bugnet, *sur Pothier*, t. IX, p. 17 et 18; Duc., Bonn. et Roust., t. I, nº 51 ; Dem., t. I, nº 19 *bis*, III; M. Laurent, t. I, nº 339.

(2) MM. Toull., t. I, nº 261; Coin-Delesle, art. 9, nºs 3 et 15; Aubry et Rau,

SECTION II. — DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

Quel est le fondement des incapacités auxquelles les personnes peuvent être soumises par suite de leur condamnation à certaines peines ?

192. — I. Du fondement des déchéances ou incapacités auxquelles les personnes peuvent être soumises par suite de leur condamnation a certaines peines. — La société, devant assurer à chacun de ses membres le libre exercice de ses facultés et le défendre contre tout acte propre à le blesser dans ses intérêts, puise dans ce devoir même le droit de punir, par des déchéances civiles, le coupable qui, par ses criminels excès, s'est mis en guerre avec ses semblables : ceux qui ont violé les droits d'autrui sont indignes de conserver l'intégralité des leurs. L'usage qu'ils en pourraient faire serait le plus souvent d'ailleurs incompatible avec l'exécution de la peine corporelle qu'ils doivent subir.

Ainsi, indignité du coupable et incompatibilité de sa participation aux actes de la vie publique ou privée avec l'exécution de la peine qui lui est infligée, tel est le double motif sur lequel reposent les diverses incapacités auxquelles il est soumis (1).

Quelles incapacités ont été organisées à titre de peine ?

193. — II. Des différents états d'incapacité organisés a titre de peine. — Les lois en reconnaissent trois principaux, savoir :

1° *La dégradation civique;*

2° *L'interdiction légale;*

3° *La mort civile.* — Cette dernière institution a été supprimée par la loi du 31 mai 1854, et remplacée par un état comprenant tout à la fois : 1° la dégradation civique ; 2° l'interdiction légale ; 3° la double incapacité de transmettre et de recevoir par donation entre-vifs ou par testament.

Outre ces incapacités générales, les tribunaux jugeant correctionnellement peuvent ou doivent, en plusieurs cas que la loi détermine, enlever au coupable qu'ils condamnent l'exercice de certains droits civiques, civils ou de famille.

§§ I et II. *De la dégradation civique et de l'interdiction légale.*

Qu'est-ce que la *dégradation civique ?* Quelles déchéances entraîne-t-elle ?

194. — I. Ce que sont la dégradation civique et l'interdiction légale. — Leurs effets. — La *dégradation civique* est la privation, à titre de peine : 1° de tous les droits politiques ; — 2° de plusieurs droits publics ; — 3° de certains droits de famille. Ainsi, elle consiste :

1° Dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions, emplois, ou offices publics;

2° Dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité et,

§ 70, note 10; Val., *Explic. somm.*, p. 12, et *Cours de Code civil*, t. I, p. 47. — M. Demol. (t. I, n° 163) s'est rallié à cette opinion, après l'avoir combattue. — Voy. aussi l'arrêt de cassation, du 19 juillet 1848 (Sir., 48, 1, 529).

(1) Demante (Rapport présenté à l'Assemblée législative, au mois de novembre 1851); M. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 1407.

en général, de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration;

3° Dans l'incapacité d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements;

4° Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille;

5° Enfin dans la privation du droit de port d'armes, du droit de servir dans les armées françaises, de tenir école ou d'enseigner et d'être employé à titre de professeur, maître ou surveillant (art. 34, C. pén.).

Ces diverses incapacités constituent un état indivisible que les juges ne peuvent point modifier : il ne leur est donc pas permis d'infliger les unes et d'écarter les autres.

195. — *L'interdiction légale* est la privation, à titre de peine, de *l'exercice* des droits privés. Qu'est-ce que *l'interdiction légale?*

Ainsi, elle retire au condamné, non point la *jouissance,* mais simplement *l'exercice* de ses droits. Il conserve donc, bien qu'interdit, le droit de vendre, d'échanger, d'emprunter, d'hypothéquer, de transiger, de plaider, d'acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit, par succession ou autrement...; mais, au lieu de figurer lui-même et en personne dans les actes que l'exercice de ces divers droits nécessite, il ne peut les accomplir que par l'intermédiaire d'un tuteur qui lui est nommé à cet effet. Sa condition est à peu de chose près la même que celle d'un mineur en tutelle ou plutôt d'un interdit pour cause d'incapacité intellectuelle. On lui laisse son patrimoine, mais on ne lui permet point de le gérer lui-même. Cette gestion, s'il l'eût conservée, aurait pu nuire à l'efficacité de la peine : car il aurait pu y puiser des ressources pécuniaires qu'il aurait employées à effacer, par des jouissances de luxe, les rigueurs du régime pénal auquel il est soumis, peut-être même à préparer et à effectuer son évasion. C'est dans la même pensée qu'il est enjoint à son tuteur de ne lui remettre aucune somme, aucune portion de ses revenus, pendant la durée de sa peine (art. 29, 31, C. pén.). L'article 510 du Code civil, aux termes duquel les revenus d'un interdit pour cause de démence doivent être employés à adoucir son sort, n'a donc point d'application en notre matière. Quelle est la condition de l'interdit?

196. — Le motif qui explique et justifie l'interdiction légale sert à en déterminer l'étendue. La loi, ne voulant point laisser au condamné la faculté de se procurer des ressources pécuniaires, dont il pourrait se servir pour adoucir son sort ou faciliter son évasion, lui retire à cet effet et confie au tuteur, chargé de le représenter, la gestion et l'administration de son patrimoine. De là la défense implicite qui lui est faite de disposer par lui-même de ses biens par acte entre-vifs, de les administrer et d'en percevoir les revenus; de là la faculté implicite qui lui est laissée de faire lui-même tous les actes d'une autre nature. Ainsi, il peut valablement :

L'interdit peut-il disposer par testament ?

1° Disposer par testament : car, d'une part, il ne se procure en testant aucune ressource pécuniaire, et, d'autre part, le testament, ne créant pour les légataires qu'une espérance qu'il peut détruire à son gré, n'est point de nature à déterminer les personnes qui l'entourent à faciliter son évasion;

Peut-il se marier ?

2° Se marier;

Reconnaître un enfant naturel?

3° Reconnaître un enfant naturel.

Ces actes sont, en effet, étrangers à la *gestion* et à *l'administration* de ses biens. Rappelons d'ailleurs que l'interdiction légale n'a point pour objet d'enlever à l'interdit la *jouissance* de ses droits; elle lui en retire seulement *l'exercice*. Or, lui enlever *l'exercice* des droits de *tester*, de *se marier* ou de *reconnaître un enfant naturel*, ce serait indirectement lui en enlever la *jouissance*, puisque les droits de cette nature ne s'exercent point par l'intermédiaire d'un tuteur (1).

Qui peut demander la nullité des actes passés par l'interdit en violation de la prohibition de la loi ?

197. — Le fondement de l'interdiction légale peut, en outre, nous aider à préciser sa véritable nature. Il en résulte, en effet, qu'on la doit considérer, non point comme une *protection* établie dans l'intérêt de l'interdit, mais comme une *précaution prise contre lui*. C'est, en un mot, une *répression*, une *peine*. La nullité des actes qu'il passe en violation de la prohibition de la loi est donc, en quelque sorte, *d'ordre public*. Aussi admet-on généralement qu'elle peut être invoquée, non seulement par lui-même ou par ses représentants, mais encore par les tiers avec lesquels il a contracté : le but que s'est proposé la loi est d'autant plus sûrement atteint que la nullité est plus certaine (2).

Peut-il l'invoquer dans tous les cas ?

— Quelques auteurs pensent que l'interdit ne peut pas être admis à se prévaloir de son incapacité, lorsqu'il a trompé sur sa position les tiers qui ont traité avec lui. Le dol qu'il a commis, en ce cas, le rendrait, disent-ils, passible des dommages et intérêts que la nullité ferait éprouver à ceux qu'il a induits dans l'erreur; or, à quoi bon causer un dommage qu'il faudrait ensuite réparer ? Il

(1) Voy., en ce sens, MM. Demol., t. I, n° 192; Ortolan, n° 1556; Trébutien, *Cours élém. de droit crim.*, t. I, p. 243.

MM. Val., *sur Proud.* (t. II, p. 555), et Dem. (*Cours analyt.*, t. I, p. 145), valident le mariage ; mais ils annulent le testament.

Dans un autre système, on soutient que la condition du condamné est absolument semblable à celle d'un interdit pour cause de démence; et qu'ainsi, de même que ce dernier, il ne peut ni se marier, ni tester, ni reconnaître un enfant naturel. En ce sens : MM. Dur., t. VIII, n° 181; Boitard, sur l'art. 29, C. pén.; Rauter, *Droit crim.*, t. I, n° 158; Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 260 de la 4e édition; Molinier, *Revue de droit français et étranger*, année 1850, p. 484.

MM. Aubry et Rau, t. I, § 85, note 4, accordent au condamné le droit de tester et de reconnaître un enfant naturel; mais ils lui refusent la faculté de se marier, en déclarant toutefois que cette incapacité ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 557; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 625; Demol., t. I, n° 193; Aubry et Rau, t. I, § 85, note 6.

est bien plus naturel de ne point le causer, et, par suite, de respecter le contrat (1).

198. — En résumé, l'interdiction légale enlève au condamné l'exercice de ses droits, et, par suite, la gestion et l'administration de ses biens; elle le met en tutelle.

Quels sont, en résumé, les effets de l'interdiction légale?

Le tuteur et le subrogé-tuteur qui lui sont donnés sont nommés dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés-tuteurs aux interdits pour cause de démence.

Son tuteur gère et administre conformément aux règles des tutelles ordinaires, sauf la différence que nous avons signalée sous le nº 195.

La nullité des actes de gestion ou d'administration passés par l'interdit peut être invoquée par toute personne intéressée, et, par conséquent, contre lui-même par les tiers avec lesquels il a contracté. Bien plus, il serait non recevable à s'en prévaloir lui-même, s'il avait abusé de leur bonne foi en dissimulant son incapacité.

Quoique interdit, il conserve la jouissance et l'exercice des droits qui, étant essentiellement personnels, ne peuvent point être exercés par l'intermédiaire d'un tuteur. Ainsi, il peut valablement tester, se marier ou reconnaître un enfant naturel.

199. — II. DES CAS DANS LESQUELS ONT LIEU LA DÉGRADATION CIVIQUE ET L'INTERDICTION LÉGALE. — L'interdiction légale n'est jamais que l'*accessoire* d'une autre peine, qui est principale. La dégradation civique, au contraire, constitue tantôt une peine *principale*, tantôt une peine *accessoire*. Expliquons-nous sur ce point.

Dans quels cas ont lieu la dégradation civique et l'interdiction légale?
Quelle différence y a-t-il, à cet égard, entre la dégradation civique et l'interdiction légale?

La condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion (art. 29, C. pén.), entraîne *de plein droit,* sans que les juges aient besoin de s'en expliquer, l'interdiction légale du condamné. Cette déchéance est attachée par la loi elle-même, comme une peine *accessoire,* à la peine *principale* qu'il doit subir. — La dégradation civique est également l'accessoire obligé des peines principales que nous venons d'énumérer (art. 28, C. pén.; aj. loi du 8 juin 1850). Mais, en certains cas, elle existe à l'état de peine *principale* (art. 111, 114, 127 et 130, C. pén.). Nous n'avons pas besoin de dire qu'alors elle doit être prononcée par les juges, et qu'ainsi elle n'aurait point lieu si le jugement de condamnation n'en faisait point mention.

— Faisons remarquer, en terminant, que la peine principale *du bannissement* entraîne la peine accessoire de la dégradation civique, tandis qu'elle ne donne point lieu à l'interdiction légale (C. pén., art. 28 et 29 combinés).

200. — Ainsi, sont simplement en état de dégradation civique :

Quelles personnes sont simplement en état de dégradation civique?

1° Les bannis;

(1) MM. Val., *loc. cit.;* Trébutien, *Cours de droit crim.*, t. I, p. 244; Demol., t. I, nº 193; Aubry et Rau, t. I, § 85, note 7.

2° Les personnes contre lesquelles elle a été prononcée comme peine principale.

Quelles personnes sont, tout à la fois, en état de dégradation civique et d'interdiction légale ?

Sont, tout à la fois, en état de dégradation civique et d'interdiction légale :

1° Les condamnés aux travaux forcés à temps;

2° Les condamnés à la détention;

3° Les condamnés à la réclusion (1).

Le gouvernement peut-il modifier la condition du condamné ?

201. — Nous devons toutefois, en ce qui concerne les condamnés aux travaux forcés à temps, noter l'article 12 de la loi du 30 mai 1854. En voici les termes : « Le gouvernement peut accorder aux condamnés l'exercice, dans la colonie, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont ils sont privés par l'interdiction légale. — Il peut les autoriser à jouir ou disposer de tout ou partie de leurs biens. — Les actes faits par les condamnés dans la colonie, jusqu'à leur libération, ne pourront engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou ceux qui leur seront échus par succession, donation ou testament, à l'exception des biens dont la remise aura été autorisée. — Le gouvernement peut accorder aux libérés l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés par les troisième et quatrième numéros de l'article 34 du Code pénal. » (Voy. le n° 194.)

Les condamnations par *contumace* entraînent-elles, comme les condamnations *contradictoires*, la dégradation civique ?
Quid, quant à l'interdiction légale?

202. — Les condamnations *par contumace*, de même que les condamnations *contradictoires* (2), entraînent la dégradation civique : l'article 28 du Code pénal ne laisse aucun doute à cet égard. Quant à l'interdiction légale, l'article 29 ne s'explique point. On a dû se demander, dès lors, si elle a ou non lieu, dans le cas d'une condamnation par contumace. Plusieurs auteurs tiennent l'affirmative. La loi, disent-ils, ne distingue point : « Quiconque, porte l'article 29 (C. pén.), est condamné à..., encourt l'interdiction légale. » Qui ne voit d'ailleurs que favoriser le contumax, c'est l'encourager dans sa rébellion contre la loi? Or, se peut-il que la loi, sévissant contre elle-même, l'ait investi du privilège d'améliorer sa position par sa résistance (3)? — La négative néanmoins a prévalu. L'interdiction légale, a-t-on répondu, n'a lieu que *pendant la durée de la peine* (4) : l'article 29 précité est formel à cet égard;

(1) Nous aurons à ajouter :
4° Les condamnés à la mort naturelle;
5° Les condamnés aux travaux forcés à perpétuité;
6° Les déportés.
Mais, comme les déchéances qu'encourent ces condamnés ne s'arrêtent point à la dégradation civique et à l'interdiction légale, nous avons dû leur assigner un paragraphe particulier. Voy., sous les nos 213 et suiv., l'explic. de la loi abolitive de la mort civile.

(2) On appelle *contradictoire* la condamnation qui a été prononcée contre un accusé qui, étant présent, a pu *contredire* l'accusation et présenter sa défense; *par contumace*, celle qui a été prononcée contre un accusé qui, étant *contumax*, c'est-à-dire absent, ne s'est point défendu.

(3) M. Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 258 et 259; *Leçons de législation criminelle*, p. 142; *Revue prat.*, t. III, p. 241, et t. V, p. 131.

(4) Ces expressions sont, ou l'équivalent de ces mots : *pendant que la peine*

or, à moins d'une disposition expresse de la loi, ***aucune peine ne peut être subie en vertu d'une condamnation par contumace.*** Ce qui le prouve, c'est qu'aux termes de l'article 476 du Code d'instruction criminelle, la condamnation est de plein droit anéantie dès que le contumax se présente ou qu'il est arrêté.

Le contumax condamné n'est donc point interdit. Toutefois, il n'en faut point conclure qu'il puisse, sans inconvénient pour lui-même, persister dans sa résistance. Et, en effet, tant que dure sa contumace, le séquestre de ses biens supplée l'interdiction légale. L'Administration des Domaines s'en empare et les gère comme biens d'absent (art. 471, C. instr. crim.) (1).

Ainsi, il n'est point interdit, l'exercice de ses droits ne lui est point enlevé; mais il perd la gestion et l'administration de ses biens.

Les actes qu'il passe sont valables, sans doute; mais on ne peut les exécuter sur les biens séquestrés qu'après que le séquestre a cessé (2).

203. — III. Quand commencent et quand finissent la dégradation civique et l'interdiction légale. — La dégradation civique est encourue, quant aux condamnations contradictoires, ***du jour où elles sont devenues irrévocables*** (art. 28, C. pén.); elles sont irrévocables après l'expiration des trois jours accordés au condamné pour se pourvoir en cassation (art. 373, C. inst. crim.), ou, s'il y a eu recours en cassation, après que le pourvoi a été rejeté (3).

A partir de quel moment la dégradation civique est-elle encourue?

Qu'est-ce qu'une *exécution par effigie?*

Comment a-t-elle lieu?

Quant aux condamnations par contumace, la dégradation civique date ***du jour de leur exécution en effigie*** (art. 28, C. pén.).

Autrefois, dans le cas où le condamné n'était point sous la main de la justice, au lieu d'exécuter sa personne, on exécutait son image ou son effigie. Il était représenté par une peinture appliquée sur un tableau exposé en place publique, et au bas duquel était inscrit le jugement de condamnation.

Cet usage est depuis longtemps tombé en désuétude. Il fut remplacé par un mode d'exécution qui, à proprement parler, n'était plus une exécution par effigie : l'exécuteur des hautes œuvres affichait sur un poteau planté en place publique un extrait du jugement de condamnation (art. 472, C. inst. crim.).

Ce mode d'exécution a lui-même cessé d'être en vigueur. Voici ce qui se pratique aujourd'hui (loi du 2 janvier 1850) :

est subie, ou l'équivalent de ceux-ci : ***pendant que la peine n'est pas prescrite;*** M. Bertauld pense qu'on les doit entendre dans ce dernier sens (***Revue prat.***, t. V, p. 132).

(1) Le séquestre commence même avant la condamnation du contumace. Voy., sous le n° 223, l'explication de la contumace.

(2) MM. Boitard, sur l'art. 29, ***C. pén.;*** Charles Berriat-Saint-Prix, ***De l'exécution des jugements***, n° 95; Trébutien, t. I, p. 245; Dem., ***Revue crit.***, 1857, p. 77; Humbert, ***Des conséq. des cond. pén.***, n°s 363 et 420; Frédéric Duranton, ***Revue prat.***, t. III, p. 241 ; Val., ***Explic. somm.***, p. 20; Demol., t. I, ***appendice***, n° 9; Aubry et Rau, t. I, § 85, note 1.

(3) Dem., t. I, n° 72 ***bis***, III; Humbert, ***Des conséq. des cond. pén.***, n° 317 ***bis***.

Un extrait du jugement de condamnation est, dans les huit jours de la prononciation, inséré dans un journal du département du dernier domicile du condamné.

Il est affiché, en outre, à la porte : 1° de ce dernier domicile; — 2° de la maison commune du chef-lieu de l'arrondissement où le crime a été commis; — 3° du prétoire de la Cour d'assises.

Un autre extrait est, dans le même délai, adressé au directeur de l'Administration des Domaines du domicile du condamné.

Chacune des affiches doit être constatée par un procès-verbal dressé à cet effet. — La date du dernier fixe le moment à partir duquel la dégradation civique est encourue.

Quand commence l'interdiction légale?

204. — L'interdiction commence avec la peine principale à laquelle elle est attachée; or, la peine étant réputée commencée du jour où la condamnation contradictoire est devenue irrévocable (art. 23, C. pén.), l'interdiction légale se trouve avoir le même point de départ que la dégradation civique.

Quant aux condamnations par contumace, nous savons qu'elles n'entraînent point l'interdiction légale (voy. le n° 202).

Quels événements peuvent faire cesser, durant la vie du condamné, la dégradation civique et l'interdiction légale, dont il a été atteint en vertu d'une condamnation contradictoire?

205. — Nous venons de voir quand ***commencent*** la dégradation civique et l'interdiction légale; il nous reste à rechercher quels événements peuvent les ***faire cesser*** du vivant du condamné. Sous ce rapport encore, il importe de distinguer les condamnations contradictoires des condamnations par contumace.

Première hypothèse. — ***Condamnations contradictoires.*** — Des événements divers s'offrent à notre examen.

206. — 1° ***Expiration du temps fixé pour la durée de la peine corporelle infligée au condamné.*** — Elle met fin à l'interdiction légale. Cette déchéance n'a lieu, en effet, que ***pendant la durée de la peine principale*** (art. 29, C. pén.). Elle ne lui survit donc point. Ainsi, dès que le condamné aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion, a subi sa peine, il recouvre l'exercice de ses droits; son tuteur lui rend ses comptes.

La dégradation civique, au contraire, est indéfinie dans sa durée. Elle subsiste même après la peine subie. Le condamné ne s'en libère que par la réhabilitation (art. 619, C. inst. crim.).

207. — 2° ***Prescription de la peine.*** — Le condamné prescrit sa peine par vingt années révolues, à compter de la date de l'arrêt (art. 635, C. inst. crim.), ou à compter de la date de l'évasion (1). — Les déchéances civiles produites par sa condamnation cessent-elles alors? En principe, non. La prescription dont il peut se prévaloir, a, en effet, sa base ou son principe dans ***l'inexécution de la peine.*** Or, les déchéances qui l'affectent dans sa personne, ne comportant aucun acte matériel d'exécution, se produisent sans interruption par la toute-puissance de la loi : elles sont donc imprescriptibles par essence.

Ainsi, la prescription de la peine principale ne fait point cesser

(1) Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. II, n° 1898.

la dégradation civique ; elle la rend même ineffaçable, puisqu'elle rend désormais impossible la réhabilitation (art. 619, C. inst. crim.).

Par exception au principe qui vient d'être établi, l'interdiction légale cesse indirectement par l'effet de la prescription : car, n'ayant lieu que pendant la durée de la peine, elle finit nécessairement avec elle (art. 29, C. pén.).

208. — 3° *Amnistie.* — 4° *Grâce.* — L'*amnistie* est une mesure essentiellement politique par laquelle le souverain, afin d'apaiser des passions irritantes et dans l'espoir de mettre un terme aux dissensions civiles, ordonne de laisser dans l'oubli des faits criminels dont la répression ne ferait qu'entretenir l'agitation dans l'Etat (1).

Son objet même indique assez qu'elle est *collective* ou *générale* de sa nature. Au lieu de s'appliquer à *des personnes déterminées,* elle s'applique aux faits mêmes sans s'occuper de leurs auteurs. Tous les délinquants se trouvent ainsi indirectement *amnistiés.*

Elle peut intervenir *avant* ou *après* la condamnation des délinquants. Dans le premier cas, elle a pour objet et pour effet d'empêcher d'entamer ou de continuer toute poursuite pénale à raison des faits amnistiés. Dans le second, elle fait tomber les condamnations pénales prononcées à raison de ces mêmes faits.

La *grâce* est un acte de clémence par lequel le chef de l'Etat (2) fait remise à un condamné de tout ou partie de la peine qui lui a été infligée. Ainsi, tandis que l'amnistie est *générale* ou *collective,* la grâce est *individuelle* ou *personnelle.* En outre, elle n'intervient jamais qu'après la condamnation.

Mais c'est surtout quant à ses effets qu'elle diffère de l'amnistie.

Par une sorte de fiction rétroactive, l'amnistie produit son effet même dans le passé et y efface jusqu'à la dernière trace des faits incriminés. Elle anéantit donc le *délit lui-même et la condamnation à laquelle il a donné lieu :* l'un et l'autre sont réputés n'avoir jamais existé. Dès lors tombent, comme et avec eux, dans le passé comme pour l'avenir, toutes les conséquences pénales qui se sont produites, la dégradation civique et l'interdiction légale, de même que la peine principale. Rien ne subsiste, si ce n'est les effets formant droit acquis à des tiers.

La grâce, au contraire, n'a son effet que dans l'avenir : car elle n'est autre chose que la *renonciation au droit d'exécution de la peine* (3).

Elle laisse, par conséquent, subsister le délit, le jugement

(1) « Les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi » (loi du 17 juin 1871, art. 1). Même disposition dans la loi du 25 février 1875 (art. 3).

(2) Aux termes de la loi du 17 juin 1871 (art. 4), la grâce ne pouvait être accordée aux personnes condamnées pour crimes se rattachant à la dernière insurrection que s'il y avait accord entre le Président de la République et l'Assemblée nationale représentée par une commission. La loi du 25 février 1875 dit, en termes généraux, que le Président de la République a le droit de faire grâce (art. 3).

(3) M. Ortolan, *Éléments de droit pénal,* n° 1682.

auquel il a donné lieu, et enfin les déchéances civiles qui, étant un effet légal de *la condamnation même, sont indépendantes de l'exécution de la peine.*

Toutefois, nous rappelons que l'interdiction légale, étant limitée quant à sa durée *par la durée de la peine principale,* tombe nécessairement avec elle (voy. le n° 207).

En somme donc, la grâce laisse subsister la dégradation civique (art. 619, C. inst. crim.) (1); elle met indirectement fin à l'interdiction légale (2).

209. — 5° *Réhabilitation.* — Nous avons vu que la dégradation civique ne cesse ni après la peine subie, ni par la prescription de la peine, ni enfin par l'effet de la grâce. L'amnistie seule y met fin. Mais, quand la dégradation civique survit ainsi, le condamné peut, en principe, la faire cesser, en se faisant réhabiliter.

Le droit d'obtenir la réhabilitation n'appartient qu'au condamné qui a subi sa peine ou qui a obtenu des lettres de grâce. Celui qui se trouve libéré par prescription a été jugé indigne de cette faveur (art. 619, C. inst. crim.).

La réhabilitation n'est accordée que sur des attestations de bonne conduite délivrées par les conseils municipaux et sur l'avis du maire des communes et du juge de paix des cantons où le condamné a résidé (voy., au reste, les art. 620 à 633 du C. d'inst. crim., modifiés par la loi du 3 juillet 1852).

On la peut donc définir : un acte, à la fois administratif et judiciaire, par lequel un condamné qui a subi sa peine ou obtenu des lettres de grâce recouvre, à raison de son repentir et de sa bonne conduite, les droits civiques, publics et de famille, que son indignité lui avait fait perdre.

210. — 6° *Révision.* — Elle amène la cassation du jugement de condamnation et par suite la cessation des déchéances civiles qu'il avait produites.

Le condamné peut y recourir lorsque des faits nouveaux et inconnus des premiers juges se produisent et impliquent la preuve manifeste de son innocence. Ainsi, elle a lieu :

a. Lorsqu'un accusé a été condamné pour un crime et qu'un autre accusé a été aussi condamné par un autre arrêt comme auteur du même crime, si les deux arrêts ne peuvent se concilier et sont la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre des condamnés;

(1) Toutefois, la dégradation civique, constituant elle-même une peine, est, suivant nous du moins, rémissible par une clause expresse des lettres de grâce.

(2) La différence entre les effets de l'amnistie et les effets de la grâce est singulièrement mise en relief par la loi du 3 mars 1879, dont l'art. 1er est ainsi conçu : « L'amnistie est accordée à tous les condamnés pour faits relatifs aux « insurrections de 1871, et à tous les condamnés pour crimes ou délits re« latifs à des faits politiques, qui ont été et seront libérés, ou qui ont été « et seront graciés par le Président de la République dans le délai de trois « mois après la promulgation de la présente loi. »

b. Lorsqu'un accusé ayant été condamné pour homicide, on acquiert la preuve de l'existence de la personne dont la mort supposée a donné lieu à la condamnation;

c. Lorsqu'après une condamnation contre un accusé, un ou plusieurs des témoins qui ont déposé contre lui sont condamnés pour faux témoignage (art. 443 à 445, C. inst. crim.; loi du 29 juin 1867).

211. — En résumé, *l'interdiction légale* cesse par :

1° L'expiration de la peine;

2° La prescription;

3° L'amnistie;

4° La grâce;

5° La révision de la condamnation.

— La *dégradation civique* cesse par :

1° L'amnistie;

2° La réhabilitation;

3° La révision de la condamnation.

212. — Deuxième hypothèse. — *Des condamnations par contumace.* — L'interdiction légale n'atteignant, suivant l'opinion qui nous a paru devoir être admise, que les coupables condamnés par un arrêt contradictoire, nous n'avons à nous occuper ici que de la dégradation civique et du séquestre des biens du condamné (voy. le n° 202).

Quel délai est accordé au condamné contumax pour purger sa contumace?

Le contumax a vingt ans, à compter de la date de l'arrêt de condamnation, pour purger sa contumace.

Quid, s'il se constitue prisonnier ou s'il est arrêté dans ce délai

Quid, dans le cas contraire?

S'il se constitue prisonnier dans ce délai, ou s'il est arrêté, l'arrêt de condamnation prononcé contre lui en son absence est de plein droit anéanti. Devenu simple accusé, il rentre dans la possession de ses biens; la dégradation civique qu'il avait encourue cesse dès cet instant, sauf à le frapper de nouveau s'il est une seconde fois condamné à l'une des peines auxquelles la loi l'a attachée.

S'il laisse passer les vingt années sans se présenter et qu'il ne soit point arrêté dans ce délai, sa peine est prescrite; le séquestre de ses biens étant levé, l'Administration lui rend ses comptes. Mais la dégradation civique subsiste. Bien plus, elle devient irrévocable : car, ainsi que nous l'avons dit, celui-là seulement peut se faire réhabiliter qui a subi sa peine ou obtenu des lettres de grâce (voy. les n°s 207 et 209).

L'amnistie et la grâce font-elles tomber les condamnations par contumace?

L'amnistie, effaçant le délit lui-même, fait tomber les condamnations par contumace, de même que les condamnations contradictoires. Quant à la grâce, elle ne s'applique en principe qu'aux condamnés qui n'ont aucun moyen de faire tomber les condamnations prononcées contre eux. On ne gracie jamais les contumaces (1).

(1) La loi du 3 mars 1879 contient, à cet égard, une disposition exceptionnelle (art. 2).

— Ainsi, en résumé, la dégradation civique et le séquestre qu'entraînent les condamnations par contumace cessent :

1° Par la comparution volontaire ou forcée du condamné avant la prescription de la peine;

2° Par l'amnistie.

Quid, de la prescription de la peine ?

La prescription de la peine fait cesser le séquestre; mais, bien loin de mettre fin à la dégradation civique, elle la rend irrévocable.

§ III. *De l'abolition de la mort civile par la loi du* 31 *mai* 1854 (1). *Des déchéances qui y ont été substituées.*

7e *Répétition.*

Qu'était-ce que la *mort civile?*

213. — La mort civile est une fiction légale en vertu de laquelle un homme vivant est, quant à certains droits, *réputé mor aux yeux de la société.*

A quelles peines était-elle attachée ?

Sous l'empire du Code civil, cette déchéance n'était attachée *qu'aux condamnations à la mort naturelle* (art. 24, Code civ.). Les rédacteurs du Code pénal l'attachèrent à deux autres peines afflictives et perpétuelles, *les travaux forcés à perpétuité* et *la déportation*. Ainsi, étaient morts civilement :

1° Les condamnés à la mort naturelle (2);

(1) Voici le texte même de la loi du 31 mai 1854 :

Art. 1er. « La mort civile est abolie. »

Art. 2. « Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal. »

Art. 3. « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

« Tout testament par lui fait antérieurement à la condamnation contradictoire devenue définitive est nul.

« Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. »

Art. 4. « Le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent.

« Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu de l'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont il a été privé par son état d'interdiction légale.

« Les actes faits par le condamné dans le lieu de l'exécution de la peine ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque. »

Art. 5. « Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers.

« L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent. »

Art. 6. « La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation. »

(2) La mort civile qu'entraînait la condamnation à la peine de mort recevait son effet dans les cas où le condamné conservait l'existence, ce qui arrivait : 1° lorsque, s'étant évadé après l'arrêt, il n'avait pu être exécuté que par effigie; 2° lorsqu'ayant été condamné par contumace et exécuté par effigie, il ne s'était point présenté dans les cinq ans à partir de l'exécution (art. 26 et 27, C. civ.).

Elle était, au reste, efficace alors même qu'elle était encourue par l'effet

2° Les condamnés aux travaux forcés à perpétuité ;

3° Les déportés.

La loi du 8 juin 1850 décida que la mort civile ne résulterait plus à l'avenir des condamnations à la déportation (1).

La loi du 31 mai 1854 a été plus loin, elle l'a complètement supprimée.

Nous devons pourtant étudier cette matière de la mort civile, sinon dans ses détails, au moins quant à ses effets principaux. Ce n'est qu'ainsi qu'il nous sera donné de comprendre, d'une part, les motifs de sa suppression, d'autre part, les changements que la loi nouvelle apporte dans l'état et la condition des individus condamnés à des peines afflictives *perpétuelles*.

214. — I. DES EFFETS DE LA MORT CIVILE. — Les effets qu'elle entraîne sont, pour la plupart, déduits de la comparaison que fait la loi entre la *mort naturelle* et la *mort civile*.

Quels effets produisait-elle ?
Quels motifs ont amené sa suppression ?

Un mort, a-t-on dit, perd la propriété de ses biens, sa succession est ouverte. — Le mort civilement cessera d'être propriétaire ; sa succession s'ouvrira au profit de ses héritiers.

La mort dissout le mariage. — Le mariage du mort civilement sera dissous.

d'une exécution réelle : elle annulait alors le testament que le condamné avait fait en temps de capacité (art. 25, C. civ.).

(1) La loi du 8 juin 1850 ne s'applique point : 1° aux individus condamnés pour crime commis avant sa promulgation ; 2° aux individus condamnés pour crime commis postérieurement au 31 mai 1854. La condition de ces condamnés est réglée par l'art. 6 de la loi du 31 mai 1854.

Ainsi, les individus déportés pour crime commis dans l'intervalle du 8 juin 1850 au 31 mai 1854 appartiennent seuls au régime organisé par la loi du 8 juin 1850.

Les déportés de cette catégorie sont en état, 1° de dégradation civique ; 2° d'interdiction légale. Ils n'encourent aucune autre déchéance.

— La loi de 1850 reconnaît deux sortes de déportation, savoir :

1° La déportation dans une enceinte fortifiée hors du territoire continental (la vallée de Vaïthau, aux îles Marquises) ;

2° La déportation à Noukaïva (l'une des îles Marquises), ou la déportation simple.

Les déportés de la première catégorie encourent l'interdiction sans aucune modification.

Pour ceux de la seconde, au contraire, elle est tempérée par deux bénéfices, l'un *légal*, l'autre *administratif :*

1° Ils conservent, *au lieu de leur déportation*, l'exercice de leurs droits civils. — Cette concession vient directement de la loi ; elle a donc lieu de plein droit.

2° Il peut leur être remis tout ou partie de leurs biens. Cette remise n'a point lieu de plein droit : la loi laisse au gouvernement la faculté de l'accorder ou de la refuser.

Ainsi, dans le lieu de leur déportation, les déportés de la seconde catégorie ne sont point interdits ; mais, bien entendu, les actes qu'ils passent n'engagent et n'affectent, quoique valables, ni les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ni ceux qu'ils ont acquis depuis par succession ou donation. Ils ne peuvent donc engager, hypothéquer et aliéner que les biens qu'ils ont acquis à titre onéreux dans le lieu de leur déportation ou ceux dont le gouvernement leur a fait la remise.

— La loi du 8 juin 1850 a été abrogée en partie par celle du 23 mars 1872. C'est à la Nouvelle-Calédonie que la peine de la déportation est actuellement subie.

Un mort ne peut point se marier. — Le mort civilement ne se mariera point.

Tel est le raisonnement par lequel on avait cru pouvoir expliquer la mort civile et la justifier jusque dans ses conséquences les plus rigoureuses. Examinons-les séparément :

215. — 1° *Le mort civilement perd la propriété de tous les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement.* — Cette ouverture anticipée de la succession du condamné a été l'une des causes principales des attaques auxquelles la mort civile a donné lieu, et, en définitive, de sa suppression. On y a vu tout à la fois une atteinte à la morale et une entrave au châtiment que doit encourir le condamné. « Il n'est point moral, a dit Demante, de faire profiter les plus proches parents du condamné du crime dont il s'est rendu coupable, et de les associer en quelque sorte à la vindicte publique en leur permettant de s'emparer de ses biens pour les posséder de son vivant. Cette possession est, de leur part, une atteinte cruelle à ces sentiments de mutuelle affection inspirés et commandés par le lien de famille, que la fiction de la loi peut bien déclarer rompu, mais qui, pour les cœurs honnêtes, prévaut nécessairement sur toutes les fictions légales. En outre, si les sentiments qu'on vient d'indiquer conservent quelque empire, il est à craindre qu'ils ne fassent défaillir le but de pénalité que le législateur doit se proposer : car, s'il peut arriver quelquefois que des parents avides s'empressent d'appliquer à leur profit personnel les biens dont le malheur de leur parent les a investis, il arrivera bien plus souvent que, se considérant plutôt comme dépositaires que comme propriétaires de sa fortune, ils l'emploieront à l'adoucissement du châtiment qu'il doit subir, et tendront ainsi à le soustraire, dans une certaine mesure, aux rigueurs de la pénalité qui le frappe » (1).

2° *Il est incapable de transmettre par voie de succession les biens dont il est devenu propriétaire depuis la mort civile encourue et dont il se trouve en possession au jour de sa mort naturelle. La loi les attribue à l'État par voie de déshérence.* — Cette incapacité a également soulevé de justes et incessantes réclamations. Demante la considérait comme une *confiscation déguisée*. Et, en effet, disait-il, la fiction de droit qui tient pour rompus tous les liens de famille n'empêche point en réalité ces liens de subsister, et aucune subtilité ne parviendra à déguiser l'odieux d'une mesure qui refuse aux enfants les biens gagnés par leur père.

3° *Il est incapable de succéder.* — Sous ce rapport encore, la mort civile a donné lieu à de très vives critiques. La loi, a-t-on dit, n'a point compris qu'en retirant au condamné la capacité de succéder elle frappait indirectement ses enfants, puisqu'elle les

(1) Rapport présenté à l'Assemblée législative au mois de novembre 1851.

privait des successions qu'il leur aurait transmises plus tard, s'il avait été admis à les recueillir.

4° *Le mariage qu'il contracte, après la mort civile encourue, est nul.*

5° *Le mariage qu'il avait contracté antérieurement est dissous quant à tous ses effets civils.* — Ainsi, sa femme devient *veuve* et par suite *libre de contracter un nouveau mariage.* Que si, en effet, elle ne se sépare point de lui, son dévouement n'est, aux yeux de la loi, *qu'un concubinage.* Les enfants nés de cette union réputée illicite sont *bâtards.* Leur père, s'il rentre plus tard dans la vie civile, par exemple s'il est gracié, pourra, il est vrai, les légitimer *en épousant sa veuve;* mais, si elle est déjà morte quand il recouvrera la vie civile, leurs enfants resteront irrévocablement dans leur état de bâtardise.

Cet effet de la mort civile est le plus énergique des griefs qu'on ait tournés contre elle pour la combattre. Quoi, a-t-on dit, si cette femme a la vertu de son sexe, si, profondément convaincue de l'innocence de l'homme qu'elle a devant Dieu choisi pour époux, elle consent, cédant au devoir de conscience qui la presse, à s'associer à son malheur et à prendre part à sa misère, la loi n'a pour elle que du mépris ou des rigueurs ! C'est lorsqu'elle honore la société par l'exemple de sa vertu et de son sacrifice, lorsqu'elle accomplit son devoir de chrétienne et d'épouse, qu'on la flétrit du titre de concubine et qu'on place ses enfants sous l'humiliation de la bâtardise ! Quelle faute reproche-t-on à cette femme qu'on punit si cruellement ? Ces enfants qu'on flétrit, quel crime est le leur ? Est-il juste de leur faire porter la peine de leur père ? Quelle nécessité y a-t-il de flétrir publiquement ce qu'en secret on approuve ? On ne gagne point à flétrir un acte que la morale et la religion honorent ! Or, rien n'est plus touchant que le dévouement réciproque des époux dans la mauvaise fortune ; c'est le sublime effort de la vertu conjugale. La société n'a donc aucun intérêt à y faire obstacle !

6° *Il est privé du droit de tester.*

7° *Le testament qu'il a fait en temps de capacité, c'est-à-dire avant la mort civile encourue, est considéré comme non avenu.*

8° De même qu'il ne lui est pas permis de disposer de ses biens par testament, il lui est également défendu *d'en disposer par donation.*

9° *Il ne peut recevoir, ni par testament, ni par donation, si ce n'est pour cause d'aliments.*

10° *Il ne peut ni être tuteur, ni concourir aux opérations de la tutelle, ni être admis comme témoin dans un acte authentique, ou à porter témoignage en justice.*

11° *Enfin il ne peut ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée.*

216. — II. MOTIFS PRINCIPAUX DE SA SUPPRESSION. — Elle a été abolie, ainsi qu'on a pu le voir :

Sur quels motifs principaux a-t-on fon-

dé a suppression de la mort civile?

1° Parce qu'elle blessait la morale par plusieurs côtés, notamment en dissolvant le mariage du condamné, et en permettant à ses proches parents de s'emparer de ses biens en son vivant, ce qui était les faire profiter du crime dont il s'était rendu coupable ;

2° Parce qu'elle frappait directement des innocents, soit en brisant les droits acquis du conjoint du condamné, soit en plaçant sous l'humiliation de la bâtardise les enfants nés de l'union que sa conscience lui commandait de respecter ;

3° Parce qu'elle faisait obstacle à l'application de la peine prononcée contre le coupable : car, en mettant ses biens aux mains de ses plus proches parents, elle leur donnait le moyen de faciliter son évasion ou tout au moins d'adoucir son sort.

Quels changements ont été apportés par la loi nouvelle dans l'état et la condition des individus condamnés à des peines afflictives perpétuelles ?

217. — III. Des changements qui ont été apportés par la loi nouvelle dans l'état et la condition des individus condamnés a des peines afflictives perpétuelles. — Les condamnés à des peines afflictives perpétuelles n'encourent plus la mort civile. La loi nouvelle y a substitué une triple déchéance, savoir :

1° La dégradation civique du condamné ;

2° Son interdiction légale ;

3° L'incapacité de *disposer* de ses biens en tout ou en partie, soit *par donation entre-vifs,* soit *par testament,* ou de *recevoir* aux mêmes titres, si ce n'est pour cause d'aliments, et enfin la *nullité du testament* fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive, ou, s'il a été condamné par contumace, avant l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution par effigie.

Ainsi, ont été supprimées :

Parmi les effets de la mort civile, lesquels ont été supprimés ?

1° L'ouverture anticipée de la succession du condamné. — Ses biens lui restent ; il en conserve la propriété. Mais l'état d'interdiction légale dans lequel il se trouve ne lui permet point de les administrer lui-même ; la gestion de son patrimoine passe à son tuteur (voy. nos 195 et 198).

2° L'incapacité de succéder à ses parents ou à son conjoint.

3° L'incapacité de transmettre ses biens à sa famille ou à son conjoint. Ainsi, lorsqu'il meurt, ses plus proches parents, ou, à défaut de parents, son conjoint, acquièrent non seulement les biens qu'il possédait au moment de sa condamnation, mais encore ceux qu'il a acquis depuis cette époque.

4° L'incapacité de contracter un mariage valable.

5° La dissolution du mariage contracté antérieurement à sa condamnation.

Sous ces différents rapports, la condition du condamné a été améliorée.

Lesquels ont été maintenus ?

Ont été maintenues, au contraire :

1° L'incapacité de disposer par donation entre-vifs;

2° L'incapacité de disposer par testament;

3° L'incapacité de recevoir par donation ou par testament ;

4° La nullité du testament fait en temps de capacité.

A ce quadruple point de vue, la condition du condamné est la même que celle que lui faisait autrefois la mort civile.

Mais elle a été aggravée sous un certain rapport. Bien que mort civilement, le condamné conservait autrefois, non seulement la *jouissance,* mais encore l'*exercice* de certains droits privés, tels que les droits de vendre, d'acheter, d'échanger, de prendre ou de donner des biens à bail, de prêter, d'emprunter, d'hypothéquer..... Il demeurait, en un mot, pleinement capable quant aux actes que nous appellerons, dans un sens général, actes *à titre onéreux* ou *de commerce.* Aujourd'hui il n'en est plus de même. Le condamné conserve sans doute la *jouissance* des droits dont il vient d'être parlé ; mais, comme il est en état d'interdiction légale, il n'en a plus l'*exercice* (voy. les n[os] 195 et 198).

— Remarquons, enfin, qu'à la différence du mort civilement, qui ne pouvait ester en justice que par un *curateur* spécial, que lui nommait le tribunal devant lequel était portée l'action, les condamnés actuels plaident par l'intermédiaire de leur *tuteur.*

En résumé, quels droits ou facultés les condamnés à une peine emportant autrefois la mort civile conservent-ils?

218. — En résumé, les condamnés à la mort naturelle, à la déportation ou aux travaux forcés à perpétuité, conservent :

1° La propriété des biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation ;

2° Le droit d'en acquérir de nouveaux, soit à titre onéreux, soit à titre de succession légitime ;

3° La faculté de transmettre à leurs parents, ou, à défaut de parents, à leur conjoint, tous les biens dont ils sont nantis au moment de leur décès ;

4° La faculté de contracter un mariage valable, et, à plus forte raison, tous les droits nés du mariage contracté avant leur condamnation ;

5° Enfin, le droit de reconnaître un enfant naturel.

Quels droits ou facultés perdent-ils?

Ils perdent :

1° La *jouissance* et l'*exercice* de tous les droits politiques, publics et de famille, énumérés dans l'article 34 du Code pénal (ci-dessus, n° 194) ;

2° L'*exercice* de tous les droits privés dont ils conservent la *jouissance* (1), tels que les droits d'acquérir, soit à titre de succession légitime, soit à titre onéreux, d'acheter, de vendre, d'échanger, d'emprunter, d'hypothéquer, de transiger ou de plaider... Ainsi, ce n'est point le condamné qui gère et administre son patrimoine, qui vend, achète, poursuit ses débiteurs, perçoit ses revenus, accepte les successions ouvertes à son profit... : ces actes sont faits en son nom par le tuteur qui le représente (voy. le n° 195).

Sous quels rapports leur condition diffère-

On voit donc qu'*en principe* leur condition est la même que

(1) Mais nous rappelons qu'en principe ils conservent *tout à la fois* la jouissance et l'exercice des droits qu'on ne peut point exercer par l'intermédiaire d'un tiers, tels que le droit de se marier, de reconnaître un enfant naturel (voy. le n° 196).

t-elle de celle des individus condamnés aux travaux forcés *à temps*, à la détention ou à la réclusion ?

celle des condamnés aux travaux forcés *à temps,* à la détention.... Elle s'en sépare, toutefois, sous plusieurs rapports très importants.

219. — Les individus condamnés aux travaux forcés *à temps,* à la détention... n'encourent que la dégradation civique et l'interdiction légale. Là s'arrêtent les déchéances qui les frappent. Ils conservent donc :

1° La *jouissance* et l'*exercice* du droit de tester (voy. le n° 196);

2° La *jouissance* du droit de disposer de leurs biens par donation entre-vifs : leur tuteur peut, par conséquent, employer à titre gratuit, mais avec l'autorisation du conseil de famille, et l'homologation du tribunal de première instance, une portion de leur fortune à l'établissement de leurs enfants (art. 511);

3° La *jouissance* du droit d'acquérir, même par donation ou par testament.

La loi a dû se montrer plus sévère à l'égard des individus condamnés à des peines afflictives perpétuelles. Et d'abord, elle les frappe de la double peine de la dégradation civique et de l'interdiction légale. *En outre,* elle leur retire :

1° La faculté de disposer par testament;

2° La faculté de disposer par donation ;

3° La faculté de recevoir par donation ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments.

Sur quel fondement repose la nullité du testament fait par le condamné antérieurement à sa condamnation ?

220. — Ce n'est pas tout ! Elle annule tout testament fait par le condamné, *même en temps de capacité* (voy. le n° 217). « La nullité du testament, a dit M. Rouher, est un hommage obligé à la morale, à la dignité de la loi, et un stigmate au front du criminel. » M. Riché a exprimé la même pensée dans son rapport : « Les incapacités de disposer et de recevoir par donation ou par testament sont, dit-il, de véritables *indignités,* un hommage à la dignité même des droits dont un condamné doit être privé. »

Ne perd-il que l'*exercice* du droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit ? Quelle conséquence fâcheuse cette déchéance entraîne-t-elle ?

221. — Remarquons 1° que les condamnés dont nous parlons perdent, non point seulement l'*exercice,* mais encore la *jouissance* des droits de disposer et de recevoir par donation ou testament (1): d'où l'on doit conclure qu'aucune portion ne peut être détachée de leurs biens pour être employée gratuitement à marier ou à établir autrement leurs enfants (2);

Cette incapacité dure-t-elle même après que la peine principale et l'interdiction légale ont cessé par l'effet de la grâce ou d'une prescription ?

2° Que cette incapacité ne doit pas être considérée comme une suite de l'interdiction légale. La loi l'a, en effet, établie comme une peine à part et, par conséquent, distincte et indépendante des autres déchéances qu'encourent les mêmes condamnés. Aussi tient-on généralement qu'elle subsiste même après que la peine

(1) MM. Bertauld, *Questions controversées sur la loi du* 31 *mai* 1854, p. 27; Ortolan, n° 1553; Val., *Explic. somm.*, p. 22.

(2) Cette conséquence est tout à la fois bien rigoureuse et peu rationnelle (voy. MM. Humbert, nos 432 et s.; Val., *Explic. somm.*, p. 24 à 26); mais comment l'éviter ? La logique des principes l'impose fatalement.

principale et l'interdiction légale ont cessé par l'effet de la grâce ou d'une prescription (1).

222. — IV. Des condamnations auxquelles sont attachées les déchéances dont il vient d'être parlé. — La dégradation civique et la double incapacité de disposer et de recevoir par donation ou par testament résultent, non seulement des condamnations contradictoires, mais encore des condamnations par contumace (voy. l'art. 3 de la nouvelle loi). Seulement le point de départ de ces déchéances est différent, ainsi que nous le montrerons tout à l'heure (voy. le nº 223).

A quelles condamnations sont attachées les déchéances dont il vient d'être parlé

Quant à l'interdiction légale, nous n'admettons point qu'elle résulte des condamnations par contumace. Nous l'avons ainsi décidé à l'égard des condamnés aux travaux forcés à temps... (voy. le nº 202). La logique nous contraint d'appliquer la même solution aux condamnations à la mort naturelle, aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation. L'article 2 de la loi nouvelle, qui prononce en ce cas l'interdiction légale, renvoie purement et simplement à l'article 29 du Code pénal; selon cet article, l'interdiction légale n'est encourue que *pendant la durée de la peine principale ;* or, la peine principale ne peut jamais être encourue en vertu d'une condamnation par contumace (2).

223. — V. Du moment a partir duquel sont encourues la dégradation civique et l'incapacité de disposer et recevoir a titre gratuit. — La dégradation civique est encourue, quant aux condamnations *contradictoires,* du jour où elles sont devenues irrévocables, et quant aux condamnations *par contumace,* du jour de leur exécution par effigie (voy. le nº 203).

A partir de quel moment sont-elles encourues ?

Ne faut-il, pas à cet égard, distinguer les condamnations contradictoires des condamnations par contumace ?

En ce qui touche les incapacités de disposer et de recevoir par donation ou par testament, elles commencent, comme la dégradation civique, du jour où la condamnation est devenue irrévocable, quand elle est contradictoire (3). Si elle est par contumace, elles ne prennent date que *cinq ans après l'exécution par effigie* (4).

La raison de cette différence est facile à donner.

Tout accusé, contumax ou non, est réputé innocent. Mais, lorsqu'il est présent et mis en demeure de fournir sa défense, la condamnation qui intervient contre lui après un débat solennel et contradictoire écarte toute présomption d'erreur : sa culpabilité est légalement réputée certaine. Dès lors, quelle raison y a-t-il de

Comment explique-t-on cette distinction?

(1) MM. Bertauld, *Leçons de législ. crim.*, p. 144, et *Revue pratique*, t. III, p. 241; Humbert, nº 437; Ortolan, nº 1556; Val., *Explic. somm.*, p. 22; Demol., t. I, *Appendice*, nº 13.

(2) MM. Aubry et Rau, § 85, note 1. — *Contrà*, M. Bertauld, *Rev. prat.*, t. III, p. 241.

(3) La mort civile n'était, dans le même cas, encourue qu'à compter du moment de l'*exécution* de la peine principale (art. 26, C. civ.).

(4) Par réminiscence sans doute de l'art. 27, C. civ., aux termes duquel les condamnations par contumace n'entraînaient la mort civile qu'après les cinq années qui avaient suivi l'exécution du jugement par effigie.

suspendre les déchéances qui lui ont été infligées ? tout est consommé quant à lui !

Il n'en est pas de même du contumax. Son absence n'arrête point, sans doute, le cours de la justice : on le juge, quoique absent ; mais aucun conseil, aucun avoué ou avocat, n'est admis à le défendre ; aucun témoin à décharge ne peut être produit. On le condamne donc le plus souvent. Cette condamnation, on le comprend sans peine, ne présente point les mêmes garanties que celle qui est prononcée contradictoirement : si elle fait naître une présomption de culpabilité, mille autres considérations la combattent dans la pensée même de la loi. Peut-être le condamné n'a-t-il fui le débat contradictoire que par la défiance qu'ont pu lui inspirer des ennemis puissants, des passions en éveil ; peut-être même n'est-il absent que parce qu'il a ignoré les poursuites dirigées contre lui. Sa culpabilité n'est donc pas certaine, démontrée : dès lors, il y aurait injustice à se prononcer précipitamment et irrévocablement à son égard. De là le délai de grâce que la loi lui accorde.

Quelles sont les différentes périodes de la contumace ?

224. — VI. DES DIVERSES PÉRIODES DE LA CONTUMACE, A L'ÉGARD DES CONDAMNÉS A UNE PEINE AFFLICTIVE PERPÉTUELLE, ET DE L'ÉTAT DU CONTUMAX DANS CHACUNE D'ELLES. — La loi divise la contumace en quatre périodes.

La première comprend le temps qui s'écoule depuis l'expiration des délais accordés à l'accusé pour se présenter, jusqu'au moment de l'exécution par effigie du jugement de condamnation (art. 465 et suiv., C. inst. crim.).

La seconde, le délai de grâce accordé au condamné, c'est-à-dire les cinq ans qui suivent l'exécution par effigie du jugement de condamnation.

La troisième, tout ce qui reste (déduction faite du délai de grâce) des vingt années qui sont accordées au condamné, à compter de sa condamnation, pour purger sa contumace.

La quatrième commence à l'expiration des vingt ans qui suivent la condamnation ; le temps qu'elle dure est indéfini.

Quel est l'état du contumax pendant la première période ?

225. — PREMIÈRE PÉRIODE. — *État du contumax pendant le temps qui s'écoule depuis l'expiration des délais qui lui sont accordés pour se présenter jusqu'au moment de l'exécution du jugement.* — Lorsqu'après un arrêt de mise en accusation, l'accusé n'a pu être saisi et ne se présente pas dans les dix jours de la notification qui en a été faite à son domicile, ou lorsqu'après s'être présenté ou avoir été saisi il s'est évadé, le président de la cour d'assises, ou, en son absence, le président du tribunal de 1re instance, et, à défaut de l'un et de l'autre, le plus ancien juge du tribunal, rend une ordonnance qui lui intime l'ordre de se présenter dans un nouveau délai de dix jours. S'il ne se présente point ou s'il n'est point arrêté dans ce délai, il est de plein droit *rebelle à la loi;* ses biens sont séquestrés pendant l'instruction, et régis comme biens d'absent par l'Administration des Domaines ; il est, en outre, privé de

l'exercice de ses droits de *citoyen,* c'est-à-dire de ses droits *civiques* ou *politiques.* Quant à ses droits *civils,* il en conserve la jouissance et l'exercice : les actes qu'il fait, étant valables, peuvent s'exécuter sur ses biens, après le séquestre levé. Un seul droit lui est enlevé, le droit d'agir en justice.

226. — SECONDE PÉRIODE. — *Condition du contumax pendant les cinq ans qui suivent l'exécution par effigie de la condamnation.* — Elle n'est aggravée qu'en un point : le séquestre de ses biens, la privation de l'exercice de ses droits de citoyen, son incapacité d'ester en justice, subsistent; à ces incapacités ou déchéances vient s'ajouter la dégradation civique.

Pendant la seconde

Ainsi, il conserve la jouissance et l'exercice de ses droits civils (1). — Sa capacité de disposer ou de recevoir par testament ou par donation reste intacte. Si donc il meurt dans les cinq ans, à compter de l'exécution de sa condamnation, son testament, à quelque époque qu'il l'ait fait, est maintenu et respecté. Quant aux donations qu'il a consenties ou acceptées dans ce même délai, elles reçoivent à tout événement leur pleine et entière exécution.

227. — TROISIÈME PÉRIODE. — *Condition du condamné qui, ayant survécu, ne s'est pas présenté et n'a pas été arrêté dans les cinq ans qui ont suivi l'exécution de la condamnation, mais qui est encore dans le délai pour purger sa contumace* (20 ans à compter de sa condamnation). Dès qu'expirent les cinq ans, le contumax qui ne s'est point présenté et qui n'a pas été arrêté pendant ce délai perd la capacité de disposer et de recevoir par donation ou par testament.

Pendant la troisième?

Mais cette incapacité est-elle subordonnée à la condition qu'il ne mourra point ou ne se présentera pas dans les vingt ans? En d'autres termes, les donations entre-vifs ou testamentaires par lui faites ou reçues après les cinq ans restent-elles frappées de nullité, nonobstant son décès, sa comparution ou son arrestation, avant l'expiration des vingt années qui lui sont accordées pour purger sa contumace?

Les donations entre-vifs ou testamentaires faites ou reçues après les cinq ans dont il vient d'être parlé restent-elles frappées de nullité nonobstant son décès, sa comparution ou son arrestation, avant l'expiration des vingt années qui lui sont accordées pour purger sa contumace?

Demante distingue. ***La mort*** du contumax dans les vingt ans n'est point, dit-il, une condition résolutoire de la condamnation qui a été prononcée et exécutée contre lui. Mais il en est autrement de ***sa comparution volontaire ou forcée :*** dès que cet événement se produit, à quelque époque qu'il ait lieu, pourvu que ce soit avant l'expiration des vingt ans, la condamnation est ANÉANTIE *de plein droit* ou, ce qui revient au même, considérée *comme si elle n'avait jamais existé* (art. 476, C. inst. crim., 1er alinéa); les conséquences légales qu'elle avait produites tombent donc rétroactivement comme et avec elle (2).

(1) Sous l'empire du Code civil, le condamné contumax n'encourait point la mort civile pendant les cinq ans qui suivaient l'exécution par effigie. Il conservait donc, pendant ce délai de grâce, la *jouissance* de ses droit civils; mais il en perdait l'*exercice* (art. 27 et 28, C. civ.).

(2) *Revue critique,* t. I, p. 78, § 3.

Ainsi, le contumax *meurt-il* après les cinq ans, quoique dans les vingt ans : son testament, à quelque époque qu'il l'ait fait, les donations entre-vifs par lui consenties ou acceptées après l'expiration des cinq ans, sont nuls et destitués de tout effet.

Comparaît-il ou *est-il arrêté* dans le même délai : les donations qu'il a faites ou reçues, même après l'expiration des cinq ans, sont et demeurent définitivement valables ; son testament vaudra également, à moins qu'il ne soit de nouveau condamné à une peine afflictive perpétuelle (1).

MM. Bertauld (2) et Ortolan (3) n'admettent point cette distinction. Tout est définitif, suivant eux, quant au passé, dès qu'expirent les cinq ans. Sans doute, la condamnation n'est point irrévocable *quant à l'avenir :* car, tant que les vingt ans ne sont point expirés, le condamné est admis à purger sa contumace. Mais, quant aux effets qui se sont produits à l'expiration des cinq ans, la condamnation demeure subsistante : rien, si ce n'est l'amnistie (voy. le n° 212), ne l'efface ou ne la révoque, ni le décès du contumax, ni sa comparution, ni son arrestation. C'est ainsi, en effet, que les choses se passaient à l'égard de la mort civile. Dès qu'expiraient les cinq ans qui avaient suivi l'exécution de la condamnation, le contumax qui ne s'était pas présenté et qui n'avait pas été arrêté dans ce délai mourait civilement. Sa comparution ou son arrestation postérieure, avant l'expiration des vingt ans, faisait bien, il est vrai, cesser la mort civile, mais pour l'avenir seulement. Ainsi, du moment qu'elle était encourue, elle était irrévocable quant au passé, quoique révocable quant à l'avenir ; les effets qu'elle avait produits, même les plus graves, l'ouverture de la succession du condamné, la dissolution de son mariage, restaient ineffaçables (art. 31, C. civ., et 476, 2e alinéa, C. inst. crim.). Or, l'incapacité de disposer et de recevoir par donation ou par testament, et la nullité du testament fait en temps de capacité, ne sont, en quelque sorte, qu'une fraction maintenue et conservée de la mort civile. Dès lors, quoi de plus naturel que de les régler conformément au régime même dont elles ont été tirées?

Quelle est la condition du condamné qui ne s'est point présenté et qui n'a point été arrêté dans les vingt années à compter de sa condamnation?

228. — Quatrième période. — *Condition du condamné qui ne s'est point présenté et qui n'a pas été arrêté dans les vingt années à compter de l'arrêt.* — La peine principale étant prescrite, le condamné peut, sans courir aucun danger, reparaître dans la société et y vivre publiquement. Le séquestre de ses biens cesse ; l'Administration des Domaines lui rend ses comptes. Mais il reste frappé de la dégradation civique et de la double incapacité de disposer et de recevoir par donation ou par testament (voy. le n° 212).

(1) Voy. aussi, en ce sens, MM. Humbert, n° 443; Val., *Explic. somm.*, p. 27; Demol., t. I, *append.*, n° 20.

(2) *Leçons de législ. crim.*, p. 148; *Revue pratique*, t. III, p. 245 et suiv.

(3) *Eléments de droit pénal*, n° 1894.

229. — VII. Des événements qui font cesser les déchéances civiles nées d'une condamnation contradictoire a une peine afflictive perpétuelle. — L'amnistie et la révision du jugement de condamnation font cesser, tant dans le passé que pour l'avenir, la dégradation civique, l'interdiction légale et la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit (voy. les nos 208 et 210).

Quels événements font cesser les déchéances civiles nées d'une condamnation contradictoire à une peine afflictive perpétuelle ?

La grâce et la prescription de la peine laissent subsister la dégradation civique, l'incapacité de transmettre et d'acquérir à titre gratuit. Elles ne font cesser que l'interdiction légale; encore ne l'effacent-elles que pour l'avenir (voy. les nos 207 et 208).

230. — VIII. Dispositions particulières. — « Le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités que la loi prononce contre lui.

Le gouvernement peut-il relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle des déchéances prononcées contre lui ?

« Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu de l'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale.

« Les actes faits par le condamné dans le lieu de l'exécution de la peine ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque » (loi du 31 mai 1854, art. 4).

Remarquons sur ce point :

1° Que la restitution qu'accorde le gouvernement est définitive, car le droit de faire remise d'une peine n'implique point le droit de la faire revivre (1);

2° Qu'il ne peut point accorder aux condamnés à une peine afflictive perpétuelle la remise de tout ou partie des biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou qu'ils ont acquis depuis à titre gratuit. Cette faculté n'a été admise qu'à l'égard des condamnés *temporaires* (voy. le n° 201) (2).

Peut-il lui accorder la remise de tout ou partie des biens qu'il possédait au jour de sa condamnation ou qu'il a acquis depuis à titre gratuit ?

231. — La mort civile n'a pas été seulement abolie pour les condamnations à venir, elle l'a été même pour les condamnations antérieures au 31 mai 1854, sauf, ajoute la loi, *les droits acquis à des tiers*. Ainsi, les individus qui avaient encouru la mort civile ont recouvré la faculté de transmettre leurs biens par voie de succession légitime et d'acquérir au même titre; le droit de contracter un mariage valable leur est également rendu. Mais leur succession, qui s'est trouvée ouverte au moment où la mort civile les a frappés, reste définitivement acquise à leurs héritiers. Le mariage qu'elle a dissous ne revit point.

La mort civile n'a-t-elle été abolie que pour l'avenir ?
Quelle est donc la condition des individus qui ont été frappés de mort civile sous l'empire de l'ancienne loi

Quant à l'avenir, la loi nouvelle les place sous le régime qu'elle a organisé : ils sont donc en état de dégradation civique, d'interdiction légale, et privés du droit de transmettre et d'acquérir par donation ou par testament.

232. — La loi nouvelle ne s'applique point aux individus qui ont

Quelle est la condition des personnes qui

(1) M. Bertauld, *Questions controv. sur la loi du 31 mai 1854*, p. 49.
(2) M. Demante, *Revue critique*, 1857, p. 79. — *Contrà*, M. Bertauld, *Questions controv. sur la loi abolitive de la mort civile*, p. 52.

ont été condamnées à la déportation pour crimes commis depuis le 8 juin 1850, avant le 31 mai 1854?

été condamnés à la déportation pour crime commis depuis le 8 juin 1850, avant le 31 mai 1854. Leur condition est régie par la loi du 8 juin 1850 (voy. le n° 213, p. 133, note 1). Ainsi, ils sont en état de dégradation civique et d'interdiction légale; mais ils conservent la faculté de disposer ou d'acquérir par donation et par testament.

§ IV. *De l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils et de famille, ou des incapacités spéciales prononcées à titre de peine par les tribunaux jugeant correctionnellement.*

Les tribunaux correctionnels ne peuvent-ils ou ne doivent-ils point en certains cas interdire au condamné l'exercice de certains droits?
Quand le *peuvent-ils?*
Quand le *doivent-ils?*
Sous quels rapports cette interdiction correctionnelle diffère-t-elle de la dégradation civique?

233. — Les tribunaux correctionnels *peuvent* et *doivent,* en certains cas déterminés par la loi, interdire, en tout ou en partie, au condamné l'exercice des droits civils, civiques et de famille, énumérés dans l'article 42 du Code pénal.

Cette interdiction est *facultative* pour le tribunal, dans les hypothèses prévues par les articles 91, 123, 388, 401, 405, 406 et 410 du Code pénal; *obligatoire,* dans les cas prévus par les articles 109, 112, 113, 171, 175, 185, 187, 197 et 335 du même Code.

Elle diffère de la dégradation civique sous divers rapports :

1° La dégradation civique est indéfinie dans sa durée (voy. le n° 206). — L'interdiction correctionnelle est, en général, temporaire; ce n'est que par exception qu'elle dure pendant toute la vie du condamné (art. 9-2°, 171 et 175, C. pén.).

2° La dégradation civique est tantôt une peine *accessoire,* tantôt une peine *principale* (voy le n° 199). — L'interdiction correctionnelle n'est jamais qu'une peine accessoire. Mais, même dans les cas où la loi commande aux juges de la prononcer, elle n'a pas lieu de plein droit; elle n'est encourue qu'autant qu'elle a été formellement prononcée par le jugement de condamnation.

3° La dégradation civique constitue un ensemble d'incapacités formant un état indivisible que les juges ne peuvent point modifier (voy. le n° 194). — Il leur est permis, au contraire, de n'appliquer à l'individu qu'ils condamnent correctionnellement qu'une interdiction limitée à tels ou tels des droits énumérés dans l'article 42.

TITRE DEUXIÈME

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ I. — *Définition des actes de l'état civil. — Leur importance. — Aperçu historique.*

8e *Répétition.*

234. — I. Définition des actes de l'état civil. — Le mot *acte* a deux sens dans la langue du droit. Il signifie :

Quels sont les différents sens du mot *acte ?*

1° Ce qui s'est passé, *quod actum est,* un fait ou une action de l'homme;

2° L'écrit rédigé pour raconter ce fait, cette action ou cet événement, afin d'en établir la preuve au cas où son existence deviendrait l'objet d'un litige.

Ainsi, les mots *acte de vente* signifient tantôt la vente elle-même, tantôt l'écrit qui en constate l'existence.

Dans le Titre que nous avons à étudier, l'*acte* est toujours l'écrit qui a été rédigé pour constater un certain fait.

— L'*état* est la condition d'une personne dans la société, en tant qu'elle est majeure ou mineure, émancipée ou non, interdite ou non, mariée ou non mariée, adoptante ou adoptée, enfant légitime ou naturel, vivante ou morte. Ces conditions ou qualités sont la source de nos droits et de nos devoirs; et, comme elles sont diverses, divers sont les droits et les devoirs qui en dérivent. Ils naissent, se modifient et s'éteignent avec elles.

Qu'est-ce que l'*état* d'une personne ?

Elles ont elles-mêmes leur source dans certains événements, dont voici les principaux : la *naissance,* l'*émancipation,* le *mariage,* l'*adoption,* l'*interdiction,* la *reconnaissance d'un enfant naturel,* la *mort.* Ces événements doivent être relatés, racontés dans des écrits ou procès-verbaux, rédigés par un officier public institué à cet effet.

Ces écrits ou procès-verbaux, dans lesquels sont relatés les événements d'où dérivent les qualités qu'une personne peut avoir dans l'ordre civil ou privé, s'appellent *actes de l'état civil.*

Qu'est-ce qu'un *acte* de l'état civil ?

Les actes de l'état civil sont donc : *les écrits où sont constatés, par un officier public institué à cet effet, les événements qui constituent l'état civil ou privé d'une personne.*

235. — La loi a prescrit des registres pour les trois événements qui marquent principalement la vie de l'homme, savoir : sa naissance, son mariage, son décès. Elle veut, toutefois, qu'on inscrive sur les mêmes registres les actes de reconnaissance et d'adoption (art. 62 et 359). Mais on n'y mentionne ni l'émancipation, ni la séparation de corps, ni l'interdiction. On a craint, sans doute, de

Quels sont les événements qu'on inscrit sur les actes de l'état civil ?

Pourquoi n'y relate-t-on ni l'émancipation, ni la séparation de corps, ni la mort civile, ni l'interdiction ?

Où ces faits sont-ils relatés?

surcharger la tenue des registres, et de rendre ainsi plus difficile la recherche des trois événements auxquels ils sont destinés.

L'émancipation est constatée sur les registres du greffe de la justice de paix (art. 477 et 478). Quant aux qualités passives résultant d'un jugement, telles que la qualité d'interdit, d'époux séparé de corps, elles sont constatées par les registres des greffiers des tribunaux.

Quelle est l'utilité des actes de l'état civil ?

236. — II. Importance des actes de l'état civil. — *L'acte de naissance* sert à établir :

1° L'*âge* des personnes; or, il existe dans notre droit, et en grand nombre, des facultés ou prérogatives dont l'exercice n'est permis qu'à tel ou tel âge (voy. à ce sujet les art. 144, 148, 152, 153, 315, 343, 374, 376, 384, 388, 433, 477, 478, 721, 722, 903, 904, 2066). Lorsqu'on se met en relation d'affaires avec une personne, il importe de savoir si elle est majeure ou mineure, c'est-à-dire capable ou incapable : on peut, à cet effet, lui demander un extrait de son acte de naissance, ou, lorsqu'on craint de la blesser par cette marque de méfiance, s'en faire délivrer un par le dépositaire public des actes de l'état civil.

2° La *filiation* des personnes qui se prétendent enfants légitimes; mais il faut alors qu'il soit établi que l'acte de naissance qu'elles invoquent se rapporte bien à elles (art. 319).

3° La *légitimité* de l'enfant né dans les trois cents jours après la mort du mari de sa mère (art. 315).

— *L'acte de mariage* sert à établir :

1° Le mariage lui-même (art. 194), et, par suite, les devoirs dont les époux sont tenus entre eux et envers leurs enfants;

2° La légitimité des enfants nés ou conçus pendant le mariage (art. 312);

3° L'état d'incapacité de la femme mariée, et l'hypothèque légale qu'elle a pour la garantie de ses droits pécuniaires sur les biens de son mari (art. 214 et 2121). On voit d'après cela combien il importe de savoir si la personne avec laquelle on entre en relation d'affaires est ou non mariée. Une femme me propose de lui prêter une somme d'argent, de me vendre sa maison ou d'acheter la mienne. Est-elle *veuve* ou *fille majeure,* je puis traiter avec elle en toute sécurité : car elle est pleinement capable. Est-elle mariée, elle est incapable de traiter valablement sans l'autorisation de son mari ou de justice : à moins donc qu'elle ne se mette en règle, je dois, si je suis prudent, refuser de traiter avec elle. — Paul veut m'emprunter une somme d'argent : quel intérêt ai-je à savoir qu'il est ou qu'il a été marié? Un très grand! car sa femme a sur ses biens une hypothèque occulte dont l'existence pourrait m'être funeste, si je prêtais sans garantie la somme qui m'est demandée.

— *L'acte de décès* détermine :

1° Le jour à partir duquel une personne cesse d'être capable d'acquérir des droits et, par exemple, les successions qui s'ouvriraient à son profit si elle vivait encore (art. 725);

2° Le jour de l'ouverture de sa propre succession, et, par conséquent, l'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier la capacité de ceux de ses parents qui se présentent comme héritiers (art. 718 et 725);

3° Le moment de la dissolution de son mariage, et, par suite, l'époque où son conjoint devenu veuf sera libre de contracter un nouveau mariage (voy., en outre, les art. 160, 384, 389, 390, 405, 478, 617, 1053, 2003).

237. — III. Aperçu historique. — L'institution des actes de l'état civil est due à François Ier. Au moyen âge, le clergé constatait, dans des registres, les baptêmes, mariages et sépultures. Ces actes, fort irrégulièrement tenus, n'eurent, à l'origine, d'autre but que d'assurer l'exécution des lois canoniques ou religieuses. Aussi ne les considérait-on point comme des actes authentiques susceptibles de faire pleine foi en justice. Lorsque l'état civil d'une personne était contesté, on recourait, à défaut de preuve écrite, à la preuve testimoniale.

A qui est due leur institution ?
Par qui étaient-ils tenus dans notre ancien droit ?
Dans quel but furent-ils institués à leur origine ?
Faisaient-ils pleine foi en justice ?
Quelle innovation fut introduite par François Ier ?
Quels sont les faits dont les actes qu'il prescrivit faisaient pleine foi en justice ?
Quelle est la raison de ces distinctions ?

François Ier, par sa fameuse Ordonnance de Villers-Cotterets (1539), voulut que ces actes fissent, *mais pour deux cas seulement,* pleine foi des événements qui y étaient relatés.

Pour deux cas seulement... c'est-à-dire, 1° pour la naissance de toute personne; 2° pour le décès des ecclésiastiques tenant bénéfices, collèges ou monastères.

On voit les lacunes de cette Ordonnance. Elle prescrit, 1° pour la naissance de toute personne, 2° pour le décès des personnes investies d'un bénéfice, la tenue d'un registre destiné à faire preuve en justice de la naissance ou du décès; mais elle ne s'occupe ni du décès des personnes qui ne tiennent pas bénéfices, ni de leur mariage.

Cette différence entre les *naissances* et les *mariages* est inexplicable. Quant à la distinction qui fut faite entre les personnes qui étaient et celles qui n'étaient pas munies de bénéfices, elle s'explique historiquement. Voici ce qui y donna lieu. Sous l'empire de la *Pragmatique sanction,* ce n'était ni le roi ni le pape qui nommait les évêques : la nomination se faisait *par élection*. Cette pratique fut suspendue sous Louis XI. François Ier, qui la supprima tout à fait, remplaça l'élection par un autre mode de nomination : le roi présentait le candidat qu'il choisissait pour évêque, et le pape le nommait sur cette présentation. Toutefois un article du Concordat réservait au pape le droit de *prévention,* c'est-à-dire le droit de nommer directement et sans attendre la présentation. Ce droit devint bientôt un abus. Lorsqu'un évêque muni d'un riche bénéfice était sur le point de mourir, les ecclésiastiques qui convoitaient son héritage avaient près de lui des affidés qui, lorsqu'il mourait, avaient soin de tenir sa mort secrète pendant qu'ils en donnaient de suite avis à leurs patrons. Ceux-ci se hâtaient d'expédier un courrier à Rome, afin d'obtenir du pape leur nomination avant qu'il fût lié par la présentation du candidat que le

roi préférait. Ce fut pour mettre un terme à cet abus que François Ier ordonna qu'on inscrivît sur un registre public, et sans délai, la mort de tous les ecclésiastiques investis de bénéfices.

Par qui devaient être signés les registres par lui prescrits ? L'intervention du notaire fut-elle conservée ?

— Les registres prescrits par cette Ordonnance devaient être signés par un membre du chapitre et par un notaire, puis déposés, à la fin de l'année, au greffe du bailliage.

Les curés n'admirent qu'avec répugnance l'intervention d'un notaire dans un acte qui, pour eux, était exclusivement religieux; elle tomba bientôt en désuétude.

Quelle Ordonnance généralisa la tenue des registres ? Quelles Ordonnances réglementèrent la manière de les tenir, de les rédiger? Étaient-ils tenus *doubles?* Ces Ordonnances concernaient-elles les protestants ? Quelles règles suivait-on à leur égard ? Que fit Louis XIV relativement aux protestants? Qui fit cesser cet état de choses ?

238. — L'Ordonnance de Blois (Henri III, mai 1579) combla les lacunes de l'Ordonnance de Villers-Cotterets : elle enjoignit aux curés et vicaires, afin d'éviter les preuves par témoins qu'on était souvent contraint de faire en justice, de tenir registre des naissances, mariages et décès de toute personne.

— Les Ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois n'avaient point réglementé la tenue ou rédaction des registres : ainsi elles n'indiquaient ni les énonciations qui devaient y être insérées, ni les personnes qui devaient être appelées. Ce point fut réglé par une Ordonnance de Louis XIV, en 1667. Elle prescrivit de mentionner dans les actes d'inhumation le temps du décès, et dans les actes de baptême le temps de la naissance. Elle voulut, en outre, que les registres fussent tenus doubles, mais par *original* et par *copie.* Louis XV, par son Ordonnance du 9 avril 1736, exigea deux *originaux,* dont l'un devait rester à la paroisse, tandis que l'autre était déposé au greffe du bailliage.

— Ces Ordonnances ne concernaient que les catholiques. L'état civil des protestants était constaté, en vertu de l'Edit de Nantes, par les ministres de leur culte, sur des registres tenus aux consistoires. Louis XIV, en révoquant l'Edit de Nantes, leur enleva leurs ministres, et avec eux le moyen de faire constater leur état civil. Il n'y eut plus alors que des prêtres catholiques; eux seuls furent investis du droit de tenir registres des naissances, mariages et décès. Les protestants se trouvèrent ainsi dans cette dure alternative : de faire, à l'aide d'un mensonge, c'est-à-dire en se présentant comme catholiques, constater par les prêtres de la religion dominante les naissances, mariages et décès qui les intéressaient, ou de se résigner à n'avoir pas d'état civil, et, par suite, pas d'enfants légitimes. Louis XVI, par son Ordonnance de 1787, fit cesser cet état de choses : il rendit aux protestants la liberté de leur culte, en même temps qu'il les autorisa à faire constater leur état civil par les officiers de justice de leur domicile. Dès ce moment on reconnut deux sortes de registres, les uns tenus par les curés pour les catholiques, les autres par les officiers de police judiciaire pour les protestants.

Quel système fut suivi dans le droit intermédiaire ? Qui tenait les registres?

239. — La Révolution de 1789 introduisit deux principes nouveaux : la liberté des cultes et la séparation de la loi civile de la loi religieuse. La validité des actes de l'état civil étant ainsi devenue indépendante des dogmes religieux, il ne fut plus possible,

1° de distinguer les registres propres aux catholiques et ceux propres aux protestants; 2° d'en confier la tenue aux ministres d'une religion particulière. On décida donc, d'une part, qu'il y aurait pour toutes les personnes, sans distinction, un mode uniforme de constater les naissances, mariages et décès; d'autre part, que ces événements seraient constatés, indépendamment de toute cérémonie religieuse, par une autorité *purement civile.* Les municipalités furent désignées à cet effet : le conseil de chaque commune choisissait, parmi les membres de la municipalité, une ou plusieurs personnes qu'il chargeait du soin de recevoir les actes de l'état civil (voy. la loi du 20 septembre 1792). La loi du 28 pluviôse an VIII le confia plus tard aux *maires* et aux *adjoints*. Cette loi est celle qui nous régit aujourd'hui.

Qui les tient aujourd'hui?

§ II. — *Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.*

240. — Trois classes de personnes concourent ordinairement à leur rédaction : un *officier public,* des *témoins*, des *déclarants.* Dans certains cas, la présence des *parties* est nécessaire.

Combien de personnes concourent ordinairement à la rédaction des actes de l'état civil?

241. — I. De l'officier public. — C'est lui qui rédige l'acte, en présence des témoins, et sur les déclarations qui lui sont faites par les déclarants. Il constate, en outre, *de visu,* certains faits qui se passent devant lui (voy. art. 55, 77).

Par qui ces actes sont-ils rédigés?

Sur la déclaration de qui le sont-ils?

L'officier public chargé de cette rédaction est, dans chaque commune, le maire ou l'adjoint.

Comme *administrateurs de la commune,* les maires et adjoints sont placés sous la surveillance des préfets; jusqu'à ces derniers temps, on ne pouvait les traduire en justice, pour faits relatifs à leur administration, qu'après y avoir été préalablement autorisé par le Conseil d'État. — En tant que rédacteurs des actes de l'état civil, ils agissent, non plus comme *administrateurs,* mais comme *officiers de police judiciaire,* sous la surveillance du procureur de la République. Ils peuvent, à raison de l'exercice de ces fonctions, être traduits directement en justice ; ici l'autorisation préalable du Conseil d'Etat n'a jamais été nécessaire (1).

242. — II. Des témoins. — Le rôle qu'ils jouent dans la rédaction de l'acte de l'état civil est double : 1° ils certifient l'identité des déclarants et la sincérité de leurs déclarations ; 2° ils corroborent et fortifient le témoignage de l'officier public : la fraude, en effet, n'est pas facile lorsqu'il faut la pratiquer à l'insu de plusieurs surveillants ou avec leur complicité.

Quel est le rôle que jouent les témoins dans la rédaction des actes de l'état civil?

Combien en faut-il?

Quelles qualités doivent-ils avoir?

Le nombre des témoins varie suivant la nature des actes. En général, deux suffisent (art. 59, 78 et 86); par exception, il en

(1) L'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, prescrivant l'autorisation préalable du Conseil d'État, a été abrogé à la suite de la Révolution du 4 septembre 1870 (décret du 19 septembre).

faut trois dans l'hypothèse prévue par l'article 96, et quatre dans les actes de mariage (art. 75).

Quelles différences y a-t-il à cet égard entre les actes notariés et les actes de l'état civil?

Dans les actes notariés, les témoins sont choisis par l'officier public ; dans les actes de l'état civil, au contraire, les personnes intéressées les choisissent elles-mêmes (art. 37).

Ce n'est pas là la seule différence. Les témoins appelés à la rédaction d'un acte notarié doivent être : 1° *citoyens* français ; 2° capables de signer ; 3° domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé (loi du 25 ventôse an XI, art. 9).

Aucune de ces conditions n'est requise des témoins qui concourent à la rédaction d'un acte de l'état civil. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'ils soient capables de signer et domiciliés dans la commune où l'acte est passé ; on n'exige pas même qu'ils aient la qualité de *Français* et encore bien moins celle de *citoyen* (1). Il suffit qu'ils soient du sexe masculin et âgés de vingt et un ans (2). Les actes de l'état civil devant être rédigés dans un bref délai, la loi n'a pas dû entraver leur rédaction en exigeant dans les témoins des qualités qui eussent été souvent difficiles à rencontrer, surtout dans les campagnes.

Les parents de l'officier qui rédige l'acte ou des parties peuvent-ils être témoins? Pourquoi peuvent-ils l'être dans les actes de l'état civil, tandis qu'ils ne peuvent pas l'être dans les actes notariés?

243. — La loi va plus loin encore. Elle permet que les témoins soient parents de l'officier public qui rédige l'acte de l'état civil ou des personnes que l'acte intéresse (art. 37, 75 et 78); tandis que dans les actes notariés il n'est point permis d'appeler comme témoins les parents du notaire ou des parties, en ligne directe, à quelque degré que ce soit, et en ligne collatérale, au troisième degré inclusivement (voy. la loi du 25 ventôse an XI, art. 10). Cette différence a sa justification. Il ne faut pas, quant aux actes notariés, que les témoins soient parents de l'une des parties, parce que, leur intérêt pouvant être mêlé à l'intérêt de leur parent, leur impartialité est suspecte. Ce danger n'existe pas dans les actes de l'état civil : car, l'intérêt des parents étant presque toujours blessé par le fait relaté dans l'acte, leur qualité de parent devient une garantie de plus de la fidélité de leur témoignage. Ainsi, par exemple, lorsqu'un oncle témoigne de la naissance de son neveu, le fait qu'il certifie ne peut que lui nuire, puisque l'effet direct qu'il produit est de lui enlever la qualité d'héritier présomptif du père ou de la mère de l'enfant : dès lors, comment suspecter son témoignage (3)?

(1) M. Demolombe avait d'abord enseigné que les étrangers ne peuvent pas être témoins dans les actes de l'état civil; il a fini par se rallier à l'opinion commune (t. I, n° 281). Voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 59, p. 200, note 5.

(2) La loi dit : *âgés de vingt et un ans*. Concluons-en qu'une personne qui a cet âge peut être témoin, *encore qu'elle ne soit pas majeure*, ce qui est possible, puisqu'on admet comme témoins les étrangers, dont la majorité est reculée, dans certains pays, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans.

(3) Mais pourquoi admettre comme témoins les parents de l'officier qui rédige l'acte? Si ce dernier a été corrompu par les parties, n'est-il pas à craindre qu'ils ne se prêtent trop facilement à la fraude qui sera commise?

244. — III. Des déclarants. — Les déclarants sont des personnes qui, étant instruites des faits qui doivent être constatés dans l'acte, les déclarent à l'officier public, qui le rédige d'après leurs déclarations.

Ne faut-il pas distinguer les *déclarants* des *témoins* ?

Les femmes peuvent-elles être déclarantes ?

Quid, des parties ?

245. — Il ne faut pas les confondre avec les *témoins*. Ceux-ci, doivent être mâles et âgés de vingt et un ans; aucune condition n'est exigée de la part des *déclarants*. Ainsi la naissance d'un enfant peut être déclarée par une femme, et même par un mineur, s'il a d'ailleurs assez de discernement pour faire une déclaration digne de confiance (art. 56).

— Les personnes que l'acte intéresse peuvent même être déclarants. Ainsi, une naissance peut être déclarée par le père de l'enfant (art. 56).

— Dans un certain cas, c'est-à-dire dans les actes de *décès*, les déclarants sont en même temps *témoins* de l'acte; ils doivent alors être mâles et âgés de vingt et un ans.

Les *déclarants* ne sont-ils pas, dans un certain cas, *témoins* de l'acte ?

Quelles qualités doivent-ils avoir alors ?

Art. 36.

Quelles personnes sont *parties* dans les actes de l'état civil?

Les actes peuvent-ils être reçus en leur absence ?

Peuvent-elles y comparaître par procureur ?

246. — IV. Des parties. — Les parties sont les personnes dont l'état fait l'objet de l'acte à rédiger (les époux, lorsqu'il s'agit du mariage), ou celles que le fait à constater intéresse (le père de l'enfant dans l'acte de naissance, ou les parents les plus proches du défunt, dans les actes de décès).

Les actes de naissance ou de décès peuvent être reçus en l'absence des parties; et, quand elles y assistent, elles peuvent comparaître en personne ou par un mandataire qui les représente. Le mandataire qui comparaît pour elles doit être muni d'une procuration *spéciale et authentique.*

« Procuration *spéciale,* » c'est-à-dire portant mention expresse que le mandataire est autorisé à représenter le mandant dans l'acte dont il s'agit et qu'elle désigne.

Authentique, c'est-à-dire *notariée*. Une procuration sous seing privé ne suffirait pas : il faut, en une matière aussi importante, ne laisser aucune place au doute; or la procuration par acte sous seing privé ne présente pas les mêmes garanties de certitude que la procuration authentique.

L'article 36 suppose que les parties sont quelquefois obligées de se présenter *en personne*. Mais dans quels cas leur présence est-elle nécessaire? Le Code n'en signale qu'un seul, aujourd'hui sans application, puisqu'il est relatif au *divorce,* qui a été abrogé (voy. l'art. 294).

Quid, dans les actes de mariage ?

Quant au mariage, la loi n'exige point expressément que les parties comparaissent en personne, d'où l'on pourrait conclure qu'il est permis de se marier par procureur. Mais, comme elle ordonne que l'officier de l'état civil qui reçoit l'acte de célébration fasse lecture aux époux des devoirs réciproques qu'ils vont contracter, elle suppose par là même que leur présence est indispensable : cette lecture serait, en effet, insignifiante si elle était faite, non pas aux époux eux-mêmes, mais à leur mandataire.

§ III. — *En quelle forme doivent être faits les actes de l'état civil.*

Art. 34.
Quelles énonciations doivent contenir les actes de l'état civil ?
Dans quel but la loi exige-t-elle qu'ils indiquent l'année, le jour et l'heure où ils sont reçus ?

247. — I. Les actes de l'état civil doivent énoncer : 1° l'*année, le jour et l'heure où ils sont reçus.* — Ces énonciations sont fort utiles; montrons-le par quelques espèces :

Dans certains cas, la loi veut que l'acte de l'état civil soit dressé dans un délai qu'elle détermine (art. 55); or, s'il ne contenait pas la mention du moment de sa confection, comment saurait-on s'il a été ou non reçu dans le délai voulu ?

L'acte peut être attaqué comme faux; il se peut, par exemple, que l'une des personnes qui y sont désignées comme ayant concouru à sa confection invoque un *alibi* pour montrer qu'elle n'a pas pu y prendre part. La mention du jour et de l'heure fournira le moyen de vérifier cet *alibi*.

Enfin, la fille majeure qui se marie, de capable qu'elle était, devient incapable dès que le mariage est célébré : il importe donc qu'on sache avec précision le moment de la célébration de son mariage.

2° Les *prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont désignés,* afin de bien caractériser leur identité.

Art. 35.
Quels faits les officiers de l'état civil doivent-ils relater dans les actes qu'ils reçoivent ?

248. — II. Les officiers de l'état civil ne doivent rien insérer dans les actes qu'ils reçoivent, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants. — *Ce qui doit être déclaré,* c'est ce que la loi ordonne d'insérer dans les actes.

Ainsi les comparants ne peuvent faire d'autres déclarations que celles qui sont exigées par la loi, et les officiers de l'état civil ne peuvent en demander ni en recevoir d'autres. Ils n'ont le droit ni de les contredire, ni de les commenter, ni de les juger : leur ministère est tout passif. De là deux principes :

Quels sont les faits que les comparants doivent déclarer ?
L'officier de l'état civil peut-il relater, dans l'acte qu'il reçoit, les faits qui auraient dû lui être, mais qui ne lui ont pas été déclarés ?
Doit-il inscrire tous les faits qui lui sont déclarés ?

1° Il n'est point permis aux officiers de l'état civil d'énoncer les faits qui auraient dû leur être déclarés, mais que les déclarants ont passés sous silence. Ainsi, par exemple, ils ne doivent pas, bien que la loi en exige la déclaration (art. 57), indiquer dans un acte de naissance les noms des père et mère légitimes de l'enfant, si les déclarants ont gardé le silence sur ce point (1).

2° Ils sont tenus d'inscrire, non pas *tout ce qui leur a été déclaré,* mais seulement les faits que la loi permet de déclarer; ces faits sont indiqués plus loin, dans les chapitres II, III et IV. Ainsi, la filiation adultérine ou incestueuse ne doit pas, quoique déclarée par les comparants, être énoncée dans l'acte de naissance (art.

(1) Aux termes de la loi du 20 septembre 1792 (Titre III, art. 12), « il est « défendu aux officiers publics d'insérer par leur propre fait, dans la rédaction « des actes et sur les registres, aucune clause, note ou énonciation, autre que « celles contenues aux déclarations qui leur sont faites... » Voy. M. Demol., t. I, n° 294; M. Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 106; M. Laurent, t. II, n° 17.

335, 342). Il ne faut pas non plus y mentionner le nom de la personne qui est déclarée être le père naturel de l'enfant, lorsque les comparants qui font cette déclaration n'ont pas été, par une procuration authentique et spéciale, autorisés à la faire (voy. l'explic. des art. 57 et 340).

Art. 38.

Que doit faire l'officier de l'état civil après qu'il a rédigé l'acte?

Quelle est l'utilité de la *lecture?*

249. — III. L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL, APRÈS QU'IL A RÉDIGÉ L'ACTE, DOIT EN DONNER LECTURE AUX PARTIES COMPARANTES ET AUX TÉMOINS. — L'ACCOMPLISSEMENT DE CETTE FORMALITÉ DOIT ÊTRE MENTIONNÉ DANS L'ACTE. — Cette lecture fournit aux comparants qui ne savent pas lire le moyen de vérifier si l'acte qui a été rédigé est conforme à leurs déclarations. La mention qui doit en être faite en assure l'observation : car l'officier qui affirmerait l'avoir faite, tandis qu'il l'a négligée, commettrait un faux en écriture publique, ce qui l'enverrait aux galères à perpétuité.

Art. 39.

Par quelles personnes l'acte doit-il être signé?

Quid, si les comparants ou les témoins ne savent ou ne peuvent pas signer?

250. — IV. APRÈS LA LECTURE FAITE ET LA MENTION DE CETTE FORMALITÉ, LES COMPARANTS, LES TÉMOINS ET L'OFFICIER SIGNENT L'ACTE; SI LES COMPARANTS OU LES TÉMOINS NE SAVENT OU NE PEUVENT PAS SIGNER, MENTION EST FAITE, DANS L'ACTE, DE LA CAUSE QUI LES A EMPÊCHÉS DE SIGNER.

§ IV. — *Des registres sur lesquels les actes de l'état civil doivent être inscrits.*

Art. 40 à 44.

Les actes de l'état civil peuvent-ils être inscrits sur des feuilles volantes?

Pourquoi la loi exige-t-elle qu'ils soient inscrits sur des registres?

Quel est le sens de cette disposition : « Les actes de l'état civil seront inscrits sur *un* ou *plusieurs* registres, tenus *doubles* » ?

251. — Afin d'assurer la conservation des actes de l'état civil, la loi exige :

1° Qu'ils soient écrits, non sur des feuilles volantes, qui seraient exposées à mille chances de perte ou de destruction, mais sur un *registre,* c'est-à-dire sur un assemblage de feuillets reliés les uns aux autres.

2° « Qu'ils soient écrits sur *un* ou *plusieurs* registres, tenus *doubles.* » — Il n'existait autrefois qu'un *seul* registre pour les naissances, mariages et décès, mais tenu *double*. La loi de 1792 en établit *trois* tenus doubles, un pour les naissances, un pour les mariages, un autre pour les décès. On espéra qu'en établissant un registre spécial pour chaque espèce d'actes, on rendrait les recherches plus faciles. Mais l'expérience a prouvé qu'on s'était trompé. Les administrateurs municipaux, peu instruits pour la plupart, furent embarrassés par la multiplicité de registres et ne surent pas s'en servir. L'un des trois registres se trouvait-il rempli avant la fin de l'année : au lieu de se faire donner un supplément de registre, ils inscrivaient sur l'un des deux autres, où il restait des feuillets blancs, les actes qu'ils ne pouvaient pas placer dans le registre déjà plein. On vit ainsi des *décès* inscrits sur le registre des *naissances,* des *mariages* inscrits sur le registre des *décès,* et réciproquement.

Le Code a voulu faire cesser cet abus. Si l'officier de l'état civil, chargé de la tenue des registres, est instruit, on lui en remet

trois, un pour les naissances, un pour les mariages, un autre pour les décès. Dans le cas contraire, on ne lui en remet qu'un seul pour tous les actes : les recherches sont alors un peu plus longues, mais plus sûres.

Le président du tribunal est chargé du soin d'apprécier, d'après les circonstances, et surtout eu égard à l'importance de la commune, si l'officier doit recevoir un seul registre ou trois registres ; ordinairement on n'en remet qu'un seul aux maires des communes rurales.

Mais, soit qu'il n'y en ait qu'un seul, soit qu'il y en ait trois, la loi exige la formalité des *doubles*. Dans le premier cas, les naissances, mariages et décès sont écrits sur deux originaux ; dans le second, il faut deux originaux pour les naissances, deux pour les mariages, deux pour les décès.

Cette règle ne reçoit-elle pas une exception ?

Par exception, les publications de mariage sont écrites sur un registre simple, c'est-à-dire non tenu double (art. 63).

Pourquoi la loi veut-elle que les registres soient tenus doubles ? Où doivent-ils être déposés ? Pourquoi en deux lieux différents ?

Ainsi, sauf l'exception qui vient d'être signalée, tout acte de l'état civil doit être écrit deux fois, c'est-à-dire sur deux registres, ce qui diminue les chances de perte. La loi fait mieux encore, elle veut que les deux registres soient placés dans des lieux différents : l'un reste aux archives de la commune, l'autre est déposé au greffe du tribunal de première instance. Cette mesure, on le conçoit, assure très efficacement la conservation des actes : car, à moins de circonstances extraordinaires, si l'un des bâtiments où ils sont déposés est pillé ou incendié, l'autre n'aura pas le même sort (1).

Que fait-on des pièces qui ont été présentées à l'officier de l'état civil pour la rédaction de l'acte ?

3° Que toutes les pièces qui ont dû être présentées à l'officier de l'état civil pour la rédaction de l'acte, telles que l'expédition de la procuration, lorsque les parties ont comparu par mandataire, et, quant au mariage, un extrait de l'acte de naissance des futurs conjoints..., soient annexées à l'acte qui a été dressé, et envoyées au greffe du tribunal avec le double du registre qui doit y être déposé. Mais il faut préalablement qu'elles soient paraphées, d'une part, par la personne qui les a produites, afin qu'elle ne puisse pas soutenir plus tard qu'elles n'ont pas été présentées, et, d'autre part, par l'officier de l'état civil.

252. — La loi ne s'est pas seulement proposé de mettre les actes de l'état civil à l'abri des accidents et cas fortuits qui pourraient en causer la perte ; elle a pris aussi des mesures pour empêcher qu'ils ne soient supprimés, altérés ou fabriqués après coup. Dans ce but, elle ordonne :

Comment doivent être tenus les registres ? Quelle est l'utilité de ces mesures ?

1° Que les registres sur lesquels ils doivent être inscrits soient *cotés* par première et dernière, et *paraphés* sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace. — Ainsi, ce n'est pas l'officier de l'état civil qui fabrique lui-même son registre, il le reçoit du président du tribunal.

(1) On sait qu'à Paris, en mai 1871, les deux bâtiments ont eu le même sort.

Le registre qui lui est remis est *coté* par première et dernière : chaque feuille porte donc un numéro d'ordre; la première et la dernière sont indiquées par une mention expresse. Ainsi, pour un registre de cent feuilles, le président écrit, sur la première : *première feuille;* sur la dernière : centième et *dernière feuille.*

Il faut, de plus, qu'il soit *paraphé* sur chaque feuille par le président (voy. la *Form.* 11).

La *cote* empêche l'officier de l'état civil d'ajouter ou de retrancher des feuillets; le *paraphe* l'empêche de les changer.

2° Que les actes soient inscrits sur les registres de suite et sans blanc; que les ratures et renvois soient approuvés et signés, et, enfin, qu'il n'y soit rien écrit par abréviation, car les abréviations prètent à l'équivoque; qu'aucune date ne soit mise en chiffres, afin qu'on ne puisse pas trop facilement l'altérer, et, par exemple, faire un 9 avec un 0.

3° Que les registres soient clos et arrêtés par les officiers de l'état civil à la fin de chaque année. Ainsi, lorsque l'année est finie, l'officier de l'état civil doit inscrire, immédiatement après le dernier acte, la mention suivante : Clos et arrêté par nous... etc. (voy. la *Form.* 12). Tout acte inscrit sur les feuillets qui suivent est réputé frauduleux. — Dans le mois qui suit la clôture des registres, l'un des originaux est placé dans les archives de la commune, tandis que l'autre est déposé au greffe du tribunal de première instance.

§ V. — *Des actes postérieurs à l'acte de l'état civil et qui s'y rattachent.*

Art. 49.

Quelle procédure suit-on quant aux actes postérieurs à un acte de l'état civil et qui s'y rattachent?

253. — Les actes postérieurs à un acte de l'état civil et qui s'y rattachent doivent être mentionnés par l'officier de l'état civil, à la requête des parties intéressées : 1° sur les registres courants; 2° en marge de l'acte inscrit qu'ils expliquent ou qu'ils modifient.

Si les faits se sont passés, et si la mention en est requise, dans l'année de la rédaction de l'acte, l'officier de l'état civil, étant encore nanti des deux registres, fait sur l'un et l'autre la mention dont il est chargé. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la mention de ces faits est requise alors que l'un des deux registres sur lesquels elle doit l'être se trouve déjà au greffe du tribunal, l'officier fait la mention sur le registre resté aux archives de la commune, après quoi il en donne avis, dans les trois jours, au procureur de la République, qui doit veiller à ce que la même mention soit identiquement faite par le greffier sur le registre qu'il a entre les mains. Ainsi, lorsqu'un enfant, inscrit comme enfant naturel, a été plus tard reconnu par ses père et mère, la loi veut, d'une part, que l'acte de reconnaissance soit inscrit sur le registre courant; d'autre part, qu'il en soit fait mention en marge des feuillets où se trouve, dans les deux registres, l'acte de naissance (art. 62; voy. aussi l'explic. de l'art. 101).

§ VI. — *De la sanction des formalités prescrites par la loi pour les actes de l'état civil, et de la responsabilité des officiers publics chargés de leur tenue et de leur garde.*

Art. 50 à 54.

Les formalités prescrites pour la rédaction des actes et pour la tenue des registres sont-elles exigées à peine de nullité?

254. — Aucune des formalités que nous avons étudiées n'est prescrite *à peine de nullité;* la loi n'a pas voulu faire dépendre l'état des personnes de la négligence ou de la mauvaise foi des officiers de l'état civil. Il ne faut pas, toutefois, exagérer ce principe, et croire que tout acte, si informe qu'il soit, alors même qu'il manque des conditions essentielles à son existence, puisse être produit en justice comme acte de l'état civil. Ainsi, je n'attribuerais point ce caractère à un acte inscrit soit sur une feuille volante, soit sur les registres ou papiers domestiques de l'officier de l'état civil.

Par quelle sanction la loi en assure-t-elle l'observation? Quelles peines encourent les officiers qui ne les observent pas? Ne faut-il pas, à cet égard, faire des distinctions?

La loi, afin d'assurer l'observation des formes et des mesures qu'elle a prescrites, a établi des peines contre les officiers publics qui manquent à leur devoir. Ces peines varient suivant la nature des faits dont ils se sont rendus coupables. Trois cas sont prévus:

255. — 1° *Destruction ou altération des actes, provenant, non pas de la malveillance des officiers publics qui en ont la garde, mais d'un cas fortuit qu'ils auraient pu empêcher s'ils eussent été plus attentifs, ou du fait d'un tiers.* — La peine qu'ils encourent, dans ce cas, est purement civile; elle consiste en des dommages et intérêts, c'est-à-dire en une somme d'argent qu'ils sont obligés de payer, à titre d'indemnité, aux parties dont l'état a été compromis par leur négligence.

Lorsque ces altérations ou destructions proviennent du fait d'un tiers, la partie à laquelle appartient l'acte altéré ou détruit peut agir en dommages et intérêts contre l'auteur même du fait, ou, si elle le préfère, contre l'officier public qui, faute de soins, n'a pas su l'empêcher. Dans ce dernier cas, l'officier public recourt contre l'auteur des altérations.

256. — 2° *Simples contraventions et omissions provenant de l'erreur ou de la négligence, telles, par exemple, qu'une rédaction par abréviation, une date en chiffres, l'oubli d'un nom...* — Ici la peine est double. L'officier public ou le greffier (1) négligent peut être condamné : 1° à une amende, qui ne doit pas excéder cent francs; 2° à des dommages et intérêts envers la partie qui a souffert de la contravention ou de l'omission.

(1) *Quid* si la négligence a été commise par le procureur de la République (art. 49) ou par le président du tribunal (art. 41)? — L'art. 50 semble, par la généralité de ses termes, leur être applicable; cependant, on décide généralement que sa rédaction est fautive en ce point. La plupart des auteurs pensent que la pénalité qu'il prononce ne regarde que l'officier de l'état civil ou le greffier négligent (Marc., sur l'art. 50; MM. Demol., t. I, n° 288; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 50).

La condamnation à l'amende et la condamnation aux dommages et intérêts sont prononcées par le tribunal *civil*, la première sur la réquisition du procureur de la République; la seconde sur la demande de la partie lésée.

L'*amende* est une *peine* : il semble donc qu'elle aurait dû être prononcée par un tribunal *de police correctionnelle;* mais la loi n'a pas voulu qu'il en fût ainsi, afin d'épargner aux officiers publics, dont les fonctions sont gratuites, l'infamie que le monde attache aux condamnations correctionnelles.

Dans certains cas, la simple contravention ou omission est punie de l'emprisonnement. Cette peine, comme l'amende, est prononcée par le tribunal civil (art. 156, 192, 193).

L'inscription des actes de l'état civil sur une simple feuille volante constitue un délit particulier, puni d'un emprisonnement d'un mois au moins et trois mois au plus, et d'une amende de seize francs à deux cents francs. Dans ce cas, la peine est prononcée, non plus par le tribunal civil, mais par le tribunal correctionnel (art. 192, C. pén.).

257. — 3° *Faux, altérations faites sciemment et dans le dessein de nuire.* — Les fonctionnaires publics coupables de ces crimes sont justiciables des Cours d'assises et punis des travaux forcés à perpétuité, sans préjudice des dommages et intérêts envers les parties (art. 145, C. pén.).

Art. 53.

Quels sont les devoirs du procureur de la République relativement aux actes de l'état civil?

Est-ce lui qui *dénonce* les crimes et délits commis en cette matière ?

258. — Le procureur de la République est tenu de rechercher les contraventions, omissions ou délits, relatifs aux actes de l'état civil. Il doit, à cet effet, vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe du tribunal, et dresser procès-verbal sommaire de sa vérification; après quoi il est tenu, ajoute l'article 53, « de dénoncer les contraventions ou délits qu'il a découverts et de requérir contre les coupables la condamnation aux amendes. »

« Dénoncer... » Sous l'empire de la législation criminelle en vigueur à l'époque de la promulgation du Code, le procureur de la République devait dénoncer les contraventions qu'il avait découvertes à un magistrat établi près le tribunal de première instance. Il n'en est plus de même aujourd'hui : au lieu de dénoncer les crimes et les délits, il est tenu de les poursuivre lui-même, et de recevoir, dans ce but, les dénonciations qui peuvent lui être faites (art. 22, C. inst. crim.) (1).

A-t-il qualité pour demander la rectification ou le rétablissement des actes qui ont été irrégulièrement dressés ou qui ont été altérés ?

A qui appartient donc l'action en rectification ou en rétablissement des actes de l'état civil?

259. — Remarquons que le procureur de la République, chargé de requérir, contre l'officier public coupable de négligence ou de faux, les peines prononcées par la loi, n'a point qualité pour demander la rectification ou le rétablissement des actes qui ont été irrégulièrement dressés ou qui ont été altérés. L'action en rectification n'appartient qu'aux parties que cet acte intéresse.

Ainsi, lorsqu'un acte est irrégulier ou altéré, le procureur de la

(1) M. Dem., t. I, p. 169.

République n'en peut pas demander la rectification; l'officier de l'état civil ne doit pas la faire d'office. Elle ne peut être faite qu'en vertu d'un jugement, obtenu sur la demande des parties intéressées. — Ce jugement est, dans tous les cas, *susceptible d'appel.* D'après le droit commun, je veux dire lorsqu'il sagit d'intérêts purement pécuniaires, les jugements sont ou non susceptibles d'être attaqués par la voie de l'appel, suivant que l'objet de la demande est modique ou important. Cette distinction n'était pas possible en notre matière, car l'état des personnes n'a pas de prix. De là la règle de l'article 54 : « Toutes les fois que le tribunal de première instance connaît des actes relatifs à l'état civil, les parties peuvent se *pourvoir* (former appel) contre le jugement. »

Art. 54.

Les jugements rendus en cette matière sont-ils susceptibles d'appel? Pourquoi le sont-ils toujours?

§ VII. — *De la publicité des registres, et de la foi qui leur est due.*

Art. 45.

Les actes notariés sont-ils publics? Les tiers peuvent-ils en exiger copie? En est-il de même des actes de l'état civil? Quelles personnes ont qualité pour délivrer des copies des actes de l'état civil?

260. — Les actes notariés ne sont point publics. Ils n'ont trait qu'aux affaires privées des parties : elles seules, du moins en général, ont qualité pour en exiger la communication et s'en faire délivrer copie (art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI). Il n'en est pas de même des actes de l'état civil. Personne ne peut avoir un intérêt légitime à cacher son état; les tiers, au contraire, ont, dans plusieurs cas, intérêt à connaître la position de la personne avec laquelle ils se mettent en relation d'affaires : il importe donc que les registres qui la constatent soient publics et ouverts à tout le monde. De là le droit d'en demander la communication et de s'en faire délivrer des extraits par ceux qui en sont les dépositaires légaux, c'est-à-dire par l'officier de l'état civil, ou par le greffier du tribunal de première instance. — Les secrétaires de l'officier de l'état civil ou du greffier ne sont point autorisés à le remplacer; les extraits qu'ils délivrent sont nuls et de nul effet.

Que faut-il entendre par *extraits* des actes de l'état civil? Pourquoi ces copies sont-elles appelées des *extraits ?* Quelle est la force probante de ces extraits?

261. — Les *extraits* des actes de l'état civil ne sont pas, ainsi qu'on pourrait le croire, des copies *abrégées* de l'acte dont ils sont destinés à faire preuve; ce sont des copies *littérales* et *entières* de l'acte qu'elles reproduisent. On les appelle des *extraits,* parce que la copie *intégrale* d'un acte de l'état civil inscrit sur le registre n'est, relativement à ce registre, qu'une copie partielle (1).

— Les registres de l'état civil, de même que les actes authentiques, *font foi jusqu'à inscription de faux.*

Que veulent dire ces mots : les extraits... *font foi ?* Et ceux-ci : *jusqu'à inscription de faux?*

Font foi..., c'est-à-dire sont réputés conformes à la vérité.

Jusqu'à inscription de faux..., c'est-à-dire tant que celui auquel on les oppose n'en a pas établi la fausseté au moyen d'une procédure particulière que la loi appelle ici *inscription de faux* (art. 214 et suiv., C. pr. Voy. aussi l'explication de l'art. 1319). Cette procédure est fort périlleuse pour celui qui y recourt : s'il succombe, il est condamné, d'une part, à une amende dont le minimum est de

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., p. 71.

trois cents francs, et, d'autre part, à des dommages et intérêts, s'il y a lieu (art. 246, C. pr.).

Ainsi, tout acte de l'état civil est réputé vrai. En conséquence, la partie à laquelle on l'oppose et qui l'attaque ne doit pas se borner à dire qu'il est faux, pour rejeter sur la partie qui l'invoque la nécessité d'en prouver la sincérité; c'est à elle à en démontrer la fausseté. Et, pour le faire, il ne lui est pas permis de recourir aux voies ordinaires : elle doit employer une procédure particulière, aussi compliquée que périlleuse, l'inscription de faux.

Le principe que les extraits font foi jusqu'à inscription de faux s'applique-t-il à tous les faits qui y sont relatés?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard?

262. — Toutefois, cette présomption de vérité attachée aux actes de l'état civil, présomption qui ne peut être détruite que par le moyen d'une procédure en faux, ne s'étend pas à tous les faits qui y sont énoncés. Il faut, à cet égard, faire une distinction, qui n'est pas expressément écrite dans la loi, mais qui résulte de la nature même des choses.

1° Les faits que l'officier de l'état civil affirme avoir *vus* et *entendus* sont réputés vrais jusqu'à inscription de faux.

Les faits qu'il n'a constatés que sur la déclaration qui lui en a été faite par les comparants sont aussi réputés vrais; mais il n'est pas nécessaire pour les combattre de prendre la voie périlleuse de l'inscription de faux, on peut le faire par les voies ordinaires.

Quelle est la raison de la différence établie entre les faits que l'officier de l'état civil a *vus* et *entendus*, et ceux qu'il n'a constatés que sur la déclaration qui lui en a été faite par les comparants?

Ainsi, le témoignage de l'officier de l'état civil a une force probante plus grande que celui des déclarants. Cette différence vient elle-même de la différence qui existe entre un officier public et un simple particulier. Le premier mérite une grande confiance, parce que, d'une part, sa moralité est garantie par le choix qu'en a fait l'autorité, et que, d'autre part, sa sincérité est assurée par des peines sévères, les travaux forcés à perpétuité, qu'il encourt lorsqu'il commet un faux. Quant au second, aucune circonstance particulière ne garantit sa moralité : car le premier venu peut jouer le rôle de déclarant dans les actes de l'état civil. Sa sincérité n'est pas, d'ailleurs, aussi énergiquement assurée que celle de l'officier de l'état civil : car, lorsqu'il fait des déclarations mensongères, il n'encourt que la peine de la réclusion (art. 145, 345, 363 C. pén.).

Quid, quant aux énonciations qui n'auraient pas dû être faites?

263. — 2° Les énonciations qui ne devaient pas être faites, soit parce que la loi les a prohibées, soit parce qu'elles sont étrangères à l'objet spécial de l'acte qui les contient, n'ont aucune force probante.

Un acte de naissance porte :

a. Que, tel jour, à telle heure, un enfant a été présenté à l'officier de l'état civil, que cet enfant est de tel sexe... Ces faits se sont passés devant l'officier de l'état civil; il a affirmé les avoir *vus* : sa déclaration est crue jusqu'à inscription de faux.

b. Que la sage-femme qui a présenté l'enfant a déclaré qu'il était né tel jour et à telle heure... Cette déclaration, l'officier public affirme l'avoir entendue : il est cru jusqu'à inscription de faux. Mais le fait qu'elle renferme, le jour et l'heure de la nais-

sance, est-il vrai? L'officier de l'état civil n'a pas pu le vérifier. Il en a reçu la déclaration, c'est tout ce qu'il affirme. Si donc je soutiens que le déclarant, la sage-femme, a trahi la vérité, ce n'est plus le témoignage de l'officier public que je mets en doute; je le tiens, au contraire, pour vrai. Oui, dis-je, la sage-femme a déclaré le jour et l'heure énoncés dans l'acte; mais cette déclaration n'est pas conforme à la vérité, c'est contre elle que je m'élève : c'est le témoignage du déclarant, d'un simple particulier, que j'attaque. Ce témoignage est réputé vrai, sans doute ; mais il n'est pas nécessaire de prendre la voie de l'inscription de faux pour en établir la fausseté (1).

c. Que cet enfant a été présenté comme étant né de telle femme mariée, mais d'un autre que son mari... Cette déclaration, le comparant ne devait pas la faire, l'officier de l'état civil ne devait pas la recevoir (voy. le n° 281) : la loi n'en tient aucun compte, elle la considère comme non avenue.

Les *extraits* font-ils, de même que les *registres*, foi jusqu'à inscription de faux ?

264. — Les *extraits* font-ils, de même que les *registres*, foi jusqu'à inscription de faux? Voici, sur ce point, le texte de la loi : « Les extraits, *délivrés conformes aux registres* et légalisés par le président du tribunal ou par le juge qui le remplace, font foi jusqu'à inscription de faux. »

Comment faut-il entendre le principe que les *extraits, délivrés conformes aux registres*, font foi jusqu'à inscription de faux ?

« *Délivrés conformes aux registres...* » Quelques personnes ont argumenté de ces mots pour soutenir que des extraits ne font foi jusqu'à inscription de faux qu'autant que leur conformité avec le registre a été vérifiée et reconnue; en d'autres termes, que le porteur d'un extrait peut être forcé, lorsque la conformité de cet extrait avec le registre est déniée, de rapporter le registre lui-même (2). Dans ce système, les extraits seraient dépouillés de toute force probante, et par suite rendus inutiles.

Cette interprétation compte aujourd'hui peu de partisans. On convient généralement que les mots « *délivrés* conformes aux registres... » sont synonymes de ceux-ci : *certifiés, affirmés* conformes... par le dépositaire qui les délivre. Cette affirmation mérite tout autant de confiance que les énonciations qui ont été insé-

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. 1, p. 206; *Cours de Code civil*, p. 112; Dem., t. I, p. 161; Demol., t. I, nos 319 et 320; Marc., sur l'art. 45; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Aubry et Rau, t. I, § 65, p. 219 et 220, note 5; Laurent, t. II, nos 38 et suiv.

L'opinion contraire est soutenue. « Certaines personnes, dit-on, ont été chargées par la loi de déclarer aux officiers de l'état civil les faits dont elles ont été témoins (art. 56) : la loi leur a donc conféré une mission officielle. Les déclarants sont, dès lors, eux-mêmes des officiers publics; or, toute déclaration émanée d'un officier public est réputée vraie jusqu'à inscription de faux. » Voy., en ce sens, Toullier, t. II, nos 848 et suiv.; Dur., t. I, nos 305 et suiv. — Mais, s'il en était ainsi, la déclaration mensongère serait un véritable faux, qui rendrait son auteur passible des travaux forcés à perpétuité (art. 145 et 146, C. pén.); or elle ne constitue qu'un faux témoignage, puni seulement de la réclusion (art. 345 et 363 combinés, C. pén.).

(2) M. Dur., t. I, n° 299.

rées sur le registre. Elle émane, comme elles, d'un officier public : donc, de même qu'à elles, foi lui est due jusqu'à inscription de faux! Si la loi exige que les extraits soient délivrés par l'officier public lui-même, et que sa signature soit légalisée par le président du tribunal, n'est-ce pas précisément parce qu'elle veut qu'ils fassent foi par eux-mêmes et indépendamment des registres dont ils sont tirés (1)?

Dans ce système, l'extrait *déclaré conforme au registre* étant réputé l'être, la partie qui le présente n'est pas tenue d'établir cette conformité et de présenter, à cet effet, le registre lui-même; c'est à son adversaire, qui le combat, à faire sa preuve. Il peut la faire, soit au moyen d'un autre extrait qui servira de contrôle à celui qu'on invoque contre lui, soit au moyen d'un compulsoire fait en la présence des parties, et dont il sera dressé procès-verbal. Le tribunal peut même, quoiqu'il n'y soit pas obligé, ordonner, si d'ailleurs le déplacement peut s'en faire sans inconvénient, l'apport du registre.

Les copies des actes notariés font-elles foi comme les extraits des actes de l'état civil? Quelle est la raison de cette différence?

La théorie est toute différente en matière d'actes notariés. La force probante des copies délivrées par le notaire est subordonnée à leur conformité avec l'original, dont la représentation peut toujours être exigée, tant qu'il existe (voy. l'explic. de l'art. 1334). — La raison de cette différence entre les copies des actes de l'état civil et les copies des autres actes authentiques est frappante. Les actes authentiques ordinaires sont rédigés en minute, c'est-à-dire sur une feuille volante dont le déplacement peut se faire avec la plus grande facilité, et même sans danger : car le jugement qui en ordonne la représentation peut autoriser le notaire à en tirer, les parties étant présentes ou dûment appelées, une copie qui la remplacera, si elle vient à se perdre. Les actes de l'état civil, au contraire, sont inscrits sur des registres dont le déplacement entraverait le service, s'il avait lieu dans l'année courante, et, dans tous les cas, mettrait l'officier de l'état civil dans l'impossibilité de délivrer aux parties qui en auraient besoin des extraits des actes qui y sont inscrits.

En résumé, à quelles conditions les extraits des actes de l'état civil font-ils foi jusqu'à inscription de faux? Qu'est-ce que la *légalisation*? Est-elle toujours nécessaire?

265. — En résumé, les extraits font foi jusqu'à inscription de faux, pourvu qu'ils soient :

1° Délivrés par l'un ou l'autre des dépositaires légaux des registres;

2° *Certifiés, affirmés* par lui conformes aux registres;

3° *Légalisés* par le président du tribunal. — La légalisation est un certificat que le président appose au bas de l'acte, et par lequel il atteste que la signature qui s'y trouve est bien celle de la personne qui a délivré l'extrait, et que cette personne est revêtue de la fonction qui lui donne le droit de le délivrer. — Quelques

(1) Marc., sur l'art. 45; MM. Dem., t. I, n° 90 *bis*, I et II; Bonn., *Traité des preuves*, t. II, n° 794; Aubry et Rau, t. I, § 65, note 7; Demol., t. I, n° 318; Laurent, t. II, n° 37.

auteurs pensent qu'elle n'est pas nécessaire lorsque l'extrait est produit devant le tribunal même où siège le président qui doit la donner (1).

§ VIII. — *Comment on supplée aux actes de l'état civil, lorsqu'il n'a pas existé de registres,* ou *lorsqu'ils ont été perdus.*

Art. 46.

Les naissances, mariages et décès se prouvent-ils par témoins?

Comment supplée-t-on aux actes de l'état civil, lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'ils ont été perdus ?

266. — En principe, l'état des personnes ne se prouve ni par des *témoins* ni par des *titres privés*. Les naissances, mariages et décès, ne s'établissent donc que par les actes qui ont été dressés sur les registres publics par l'officier civil compétent. Tel est le droit commun.

Mais une exception a dû être introduite en faveur des parties qui, par suite de quelque circonstance extraordinaire, n'ont pas pu se procurer la preuve légale de leur état, ou qui, après l'avoir eue, l'ont perdue par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. La loi ne pouvait pas exiger l'impossible. De là, la règle de l'article 46 : « Lorsqu'il n'a pas *existé* de registres ou qu'ils sont *perdus,* la preuve en est reçue par témoins; et, dans ce cas, les naissances, mariages et décès, peuvent être prouvés tant par les registres et papiers des père et mère décédés, que par témoins. »

Dans quels cas cette preuve exceptionnelle est-elle admissible ?

Ainsi, dans certains cas, les naissances, mariages et décès, peuvent se prouver autrement que par les registres. Mais dans quels cas cette preuve exceptionnelle est-elle admissible? Il importe de les préciser. Elle est admissible :

267. — 1° « Lorsqu'il n'a pas *existé* de registres... » Ce cas sera rare. Il se peut pourtant que la tenue des registres, dans une commune, ait été rendue impossible, soit par suite d'une épidémie qui a tout désorganisé, soit par suite d'une invasion ennemie ou de troubles politiques. Le bénéfice de l'article 46 peut alors être invoqué par la personne qui prétend que tel événement servant de fondement à l'état civil a eu lieu pendant le temps où les registres n'ont pas été tenus.

Quid, s'il y a eu *interruption* dans la tenue des registres?

Quid, s'ils ont été tenus, mais sans aucun ordre, et avec des lacunes?

L'*interruption* dans la tenue des registres équivaut à leur *inexistence :* car, en ce qui touche le temps auquel se rapporte l'interruption, il est vrai de dire qu'il n'a pas été tenu de registres. — Il faut même considérer comme inexistants les registres qui ont été tenus, mais sans aucun ordre et avec des lacunes : la loi ne reconnaît point ce qui a été fait en violation de ses prescriptions (2).

Quid, s'ils n'ont été détruits qu'en partie?

268. — 2° « Lorsque les registres sont perdus ou détruits..... »

(1) M. Dem., t. I, p. 161.

Aujourd'hui, d'après la loi du 2 mai 1861, « les juges de paix qui ne siègent « pas au chef-lieu du ressort d'un tribunal de 1re instance sont autorisés à « légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les signatures des « officiers de l'état civil des communes qui dépendent de leur canton, soit en « totalité, soit en partie. »

(2) MM. Demol., t. I, n° 322; Aubry et Rau, t. I, § 64.

Peu importe que la perte soit totale ou partielle. Ainsi, par exemple, la personne qui prétend que l'acte de l'état civil qui la concerne était inscrit sur des feuillets qui ont été enlevés d'un registre peut être écoutée, lorsqu'elle demande à en faire la preuve par témoins (voy., à ce sujet, l'art. 5 de la loi du 13 janvier 1817) (1).

— La partie qui demande à prouver un mariage, une naissance, autrement que par la voie ordinaire, doit préalablement établir l'un ou l'autre des faits qni rendent admissible la preuve exceptionnelle dont elle réclame le bénéfice, c'est-à-dire l'*inexistence* ou la *perte* des registres.

Quelle preuve préalable doit faire la partie qui demande à prouver un mariage, une naissance, un décès, autrement que par la voie ordinaire?

Comment cette preuve peut-elle être faite?

Cette preuve peut être faite tant *par titres* que *par témoins*. Elle se fera, le plus souvent, par la déclaration de l'officier de l'état civil et du greffier du tribunal, ou par un procès-verbal qui constatera qu'après recherches faites, il a été reconnu que les registres de telle époque n'existaient pas.

Cette preuve une fois faite, comment se fait la seconde, celle des mariages, naissances et décès?

Cette preuve une fois faite, la seconde, celle des naissances, mariages et décès, devient admissible. Mais comment doit-elle être faite? Voici, sur ce point, la disposition de la loi : lorsque la preuve de l'inexistence ou de la perte des registres est faite, « les naissances, mariages et décès *pourront* être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère *décédés* que par témoins. »

« *Pourront être*... » Ces expressions laissent au tribunal un certain pouvoir discrétionnaire; je dirai tout à l'heure en quoi consiste ce pouvoir.

Peut-elle être faite par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés, indépendamment de toute preuve testimoniale?

Ou réciproquement par témoins, indépendamment des registres et papiers domestiques des père et mère décédés?

Les juges n'ont-ils pas, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire?

« *Tant* par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés *que* par témoins... » c'est-à-dire *soit* par l'un, *soit* par l'autre de ces modes de preuve; le cumul n'en est pas exigé : l'un des deux peut suffire.

Mais, de même que le cumul des deux preuves n'est pas *nécessaire*, de même le tribunal n'est pas *obligé* de se contenter de l'une d'elles. Ainsi, lorsque celle qui a été produite ne lui semble pas suffisante, il peut exiger que la seconde soit également fournie afin de corroborer l'autre. Il peut même, lorsqu'elles ont été produites ensemble, les rejeter comme insuffisantes. La loi, en lui confiant le pouvoir discrétionnaire dont j'ai parlé, veut qu'il se décide moins en comptant qu'en pesant les preuves qui lui sont présentées.

Peuvent-ils admettre, comme moyens de preuve, des registres et papiers des père et mère *vivants*, ou de toute autre personne?

« Par les registres et papiers émanés *des père et mère décédés*... » Cette disposition est-elle limitative, ou simplement énonciative? Ainsi, peut-on admettre comme moyens de preuve : 1° les registres et papiers des père et mère *vivants;* 2° les registres et papiers émanés de personnes autres que les *père et mère* du demandeur? La loi n'admet-elle, au contraire, en preuve que ceux qui émanent

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 211; Duc., Bonn. et Roust., t. I, p. 114; Dem., t. I, n° 91 *bis*, I et II; Demol., t. I, n° 322; Aubry et Rau, § 64.

des *père et mère décédés?* La règle qui suit nous donnera la solution de cette question.

Sont-ils, dans tous les cas, obligés d'admettre la preuve testimoniale?

« Par témoins... » Le tribunal est-il *obligé* d'admettre, dans tous les cas, sans discernement ni connaissance de cause, ce mode de preuve? Je ne le pense pas. La loi ne dit pas, en effet, que les naissances, mariages et décès *seront* prouvés par témoins; elle dit seulement qu'ils *pourront l'être,* et par cette façon de parler elle n'impose aucune *nécessité,* elle *permet* mais elle *n'oblige* pas.

Ainsi, le tribunal peut, suivant qu'il le juge convenable, n'admettre la preuve testimoniale qu'autant qu'il existe un commencement de preuve écrite assez grave pour rendre vraisemblable la prétention du demandeur, ou l'admettre sans aucune condition. Mais ce pouvoir qu'on lui confie en entraîne un autre. Tout fait qui est susceptible d'être prouvé *par témoins* peut l'être par de *simples présomptions,* c'est-à-dire par des circonstances graves, précises et concordantes, laissées à l'appréciation arbitraire des juges (art. 1353) : concluons-en que les juges peuvent, à titre de simples présomptions, admettre, comme preuves suffisantes, les énonciations ou indications contenues soit dans les papiers des père et mère *décédés,* soit dans ceux des père et mère *vivants* ou même de toutes autres personnes parentes ou non. Dans quel but refuserait-on d'ailleurs à la justice, qui peut les entendre comme témoins, la faculté de consulter leurs registres ou papiers, et de contrôler, l'une par l'autre, la preuve écrite et la preuve testimoniale? Si la loi n'a parlé, dans notre article 46, que des papiers des *père et mère décédés,* c'est qu'à ses yeux ces titres ont plus que tous les autres une grande force probante. On ne peut, en effet, les supposer faits pour le besoin de la cause : le décès de leurs auteurs écarte tout soupçon. Mais, en désignant spécialement les écrits qui peuvent être produits, elle n'entend point exclure les autres moyens de preuve : les papiers des père et mère décédés ne sont indiqués que comme étant ceux que les juges doivent principalement consulter. C'est un *avertissement* qu'elle donne; ce n'est pas une *prohibition* (1).

La preuve testimoniale *toute nue* supplée-t-elle complètement les registres, quant aux *mariages* et *décès ?*

269. — Les *mariages* et *décès* peuvent être établis, avec tous les effets civils qu'ils entraînent, par la preuve testimoniale *toute seule,* c'est-à-dire indépendamment d'un commencement de preuve par écrit. Quant à ces faits, la preuve testimoniale *toute nue* supplée complètement les registres. Sur ce point tout le monde est d'accord.

Quid, quant aux *naissances?*

Suffisante pour établir le jour et l'heure de la naissance, ainsi que les nom et prénoms de l'enfant, c'est-à-dire son âge et son

Il n'en est pas de même à l'égard des *naissances*. Les actes qui les constatent contiennent : 1° la mention des jour, heure et lieu de la naissance, ainsi que les prénoms donnés à l'enfant; 2° les noms de ses père et mère légitimes, ou même de ses père et mère naturels, lorsqu'ils se font connaître (voy. l'explic. de l'art. 57).

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 64, p. 215, note 3.

Les actes de naissance prouvent donc : 1° l'âge et l'individualité de l'enfant; 2° son origine ou sa filiation. Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'ils ont été détruits, la preuve testimoniale suffit pour établir le jour et l'heure de la naissance, ainsi que les nom et prénoms de l'enfant, c'est-à-dire son âge et son individualité; suffit-elle également pour établir sa *filiation?* Lorsqu'il demande à prouver par témoins qu'il est né d'un tel et d'une telle unis par le lien du mariage, ou que ses père et mère l'ont reconnu soit dans son acte de naissance, soit par un acte postérieur inscrit sur les registres (art. 62 et 334), peut-on l'admettre à faire cette preuve, encore *qu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit ou indice qui rende sa prétention vraisemblable?* La question est controversée.

individualité, l'est-elle également pour établir sa *filiation*, c'est-à-dire son origine ?

270. — Premier système. — La *naissance* et la *filiation* sont des faits parfaitement distincts, bien qu'ils aient entre eux des rapports intimes.

Le premier peut être, dans les hypothèses prévues par notre article 46, établi par la preuve testimoniale toute seule. Quant au second, cet article ne s'en occupe pas, car il n'y est question que de la preuve de la *naissance :* la preuve de la *filiation* légitime ou naturelle est réglée ailleurs, dans les articles 323, 340 et 341. Or, aux termes de ces articles, la *filiation* légitime ne peut se prouver par témoins qu'autant qu'il existe, au profit du demandeur, *un commencement de preuve par écrit ou des indices résultant de faits constants et assez graves pour rendre vraisemblable sa prétention* (art. 323) ; l'enfant qui réclame sa mère naturelle n'est admis à la preuve testimoniale que lorsqu'il est muni d'un commencement de preuve écrite (art. 341); la paternité naturelle ne se prouve jamais par témoins (art. 340). Ces dispositions doivent recevoir leur application, même dans les deux hypothèses de l'article 46 : car la loi n'y renvoie pas, comme elle a le soin de le faire pour le mariage, dans l'article 194 (1).

271. — Deuxième système. — Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsqu'ils sont perdus, la preuve testimoniale *toute seule,* abstraction faite de tout commencement de preuve par écrit, peut servir à établir, non seulement le fait de la *naissance,* mais encore la *filiation* légitime ou naturelle. L'article 46 est, en effet, absolu dans ses termes : il permet de prouver par cette voie, non pas seulement *certaines circonstances de la naissance,* mais la naissance elle-même, c'est-à-dire *l'accouchement de la mère* et *l'identité de l'enfant,* en d'autres termes, la *filiation*. Quel est, d'ailleurs, le but de cet article? N'est-ce pas de permettre aux parties de remplacer, par la preuve testimoniale, la preuve légale et ordinaire qu'elles ne peuvent pas produire par suite d'accidents fortuits arrivés sans

(1) Delv., t. I, p. 32, n° 6; Toull., t. I, n° 347; Dur., t. I, n° 295; Dem., t. I, p. 165; Marc., sur l'art. 46.

leur faute et dont, par conséquent, elles ne doivent pas souffrir? de les placer, en un mot, au même état que si les registres eux-mêmes pouvaient être représentés? Or, si les registres existaient, ils pourraient établir tout à la fois la naissance et la filiation : donc, etc.

Ce n'est là, du reste, que l'application du droit commun. Nous verrons, en effet, lorsque nous expliquerons l'article 1348, que la preuve testimoniale est permise, quelle que soit l'importance de la demande, lorsque le créancier a perdu son titre par suite de quelque cas fortuit.

Remarquons enfin que l'article 46 règle une hypothèse bien différente de celle qui fait l'objet des articles 323, 340 et 341. Dans l'hypothèse de l'article 46, l'inexistence ou la perte des registres explique naturellement pourquoi le demandeur ne rapporte pas un acte de naissance; cette circonstance rend sa prétention vraisemblable : dès lors il y a peu de danger à lui permettre de corroborer, par la preuve testimoniale, cette espèce de commencement de preuve. Dans la seconde hypothèse, au contraire, celle des articles 323, 340 et 341, les registres existent; le demandeur pourrait les représenter : rien n'explique donc pourquoi il ne prouve pas sa prétention par la preuve légale et ordinaire. La loi a dû, par conséquent, se montrer défiante à son égard. De là les exigences des articles 323 et 341; de là encore les prohibitions de l'article 340 (1).

§ IX. — *Des actes de l'état civil reçus à l'étranger.*

Art. 47 et 48.

Les actes de l'état civil des Français et des étrangers, faits en pays étranger, font-ils foi en France?

272. — 1° Tout acte de l'état civil des Français ou des étrangers, fait en pays étranger, selon les formes usitées dans le pays où il est reçu, et par l'officier public institué pour le recevoir, fait foi en France, conformément à la règle *locus regit actum* (voy. le

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 102; Demol., t. I, n° 326; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 323; Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n° 23; Aubry et Rau, t. VI, § 544, p. 13, note 22, et § 569, p. 195, note 17; Laurent, t. III, n° 425.

— La loi du 12 février 1872 contient les dispositions suivantes :

Art. 1er. « Les actes de l'état civil de Paris et des communes y annexées en « 1859, dont les registres ont été détruits pendant la dernière insurrection, « seront reconstitués......»

Art. 2. « Une commission, nommée par le Ministre de la justice, sera chargée « de la reconstitution des actes mentionnés en l'article précédent.

« Ces actes seront rétablis :

« 1° D'après les extraits des anciens registres, délivrés conformes;

« 2° Sur les déclarations des personnes intéressées ou des tiers, et d'après « les documents qui auront été déposés à l'appui ;

« 3° D'après les registres tenus par les ministres des différents cultes, les « registres des hôpitaux et des cimetières, les tables de décès rédigées par « l'Administration des Domaines, et toutes les pièces qui peuvent reproduire la « substance des actes authentiques....»

Art. 5. « Toute contestation sera instruite sans frais, et jugée conformément « aux articles 46,99, 100 et 101 du Code civil, 855 et suiv. du Code de procédure. »

nº 81). Mais remarquez qu'il ne s'agit ici que de la force probante de l'acte; quant à sa validité, elle est subordonnée, lorsqu'il concerne des Français, aux conditions de *capacité* prescrites par la loi française (voy. les nºs 78 et 81).

2º Tout acte de l'état civil des *Français* en pays étranger est valable lorsqu'il a été reçu *selon les formes françaises*, par des agents diplomatiques ou par des consuls français.

Dans quelles formes peuvent être rédigés les actes de l'état civil des Français qui naissent, se marient ou décèdent à l'étranger?

Ainsi, les Français qui résident à l'étranger ont deux manières de faire constater leur état civil : ils peuvent s'adresser, à leur choix, soit aux agents diplomatiques français, lesquels procèdent suivant les formes usitées en France, soit aux officiers publics étrangers, lesquels procèdent suivant les formes usitées dans leur pays.

Quid, lorsqu'un Français se marie à l'étranger avec une femme étrangère?

— Remarquons que la compétence de nos agents diplomatiques à l'étranger, est restreinte aux actes de l'état civil des Français; d'où l'on conclut qu'ils ne peuvent recevoir ni les actes qui n'intéressent que les étrangers, ni même ceux dans lesquels un Français et un étranger se trouvent parties. Ainsi, un Français épouse-t-il, à l'étranger, une femme française : le mariage peut être célébré, soit devant l'officier public étranger, et selon les formes étrangères, soit devant un agent diplomatique français, et selon les formes françaises. Epouse-t-il, au contraire, une étrangère : le mariage doit nécessairement être célébré devant l'officier public étranger : lui seul, en effet, est compétent à l'égard des deux parties, compétent à l'égard de l'étrangère, conformément à la loi qui l'a institué, compétent à l'égard de celle qui est Française, conformément à la règle *locus regit actum*. Notre agent diplomatique, au contraire, n'a aucun pouvoir sur celle des parties qui est étrangère (1).

— Les règles que nous venons d'exposer sont générales; elles forment le droit commun des actes de l'état civil, et sont, comme telles, applicables à chacun d'eux. Il en est d'autres qui sont particulières à chaque espèce d'actes : elles font l'objet des chapitres II, III, IV et V.

CHAPITRE II. — DES ACTES DE NAISSANCE.

Art. 55 à 57.

L'officier de l'état civil peut-il, d'office, dresser un acte de naissance?

273. — I. De l'obligation de déclarer les naissances. — L'officier de l'état civil ne peut, en aucun cas, dresser d'office les actes de naissance; son droit et son devoir se bornent à transcrire sur

(1) MM. Val., *Cours de Code civil*, p. 105; Demol., t. I, nº 312 ; Aubry et Rau, t. I, § 66, p. 222 ; Laurent, t. II, nºs 10 et 11. — Cette solution me semble contestable. Le mariage célébré en France devant un officier public français est valable, alors même que l'une des parties est étrangère ; or, le mariage célébré à l'étranger devant un agent diplomatique français est réputé célébré en France : car, par une fiction du droit des gens, l'hôtel de l'ambassadeur ou du consul français en pays étranger est considéré comme sol de France. Donc, etc.

son registre les déclarations qui *doivent* lui être faites par certaines personnes que la loi détermine (voy. le n° 248).

Dans quel délai les naissances doivent-elles être déclarées? Pourquoi doivent-elles l'être dans un délai aussi court?

274. — II. Dans quel délai doit être faite la déclaration. — Elle doit l'être dans les trois jours de *l'accouchement*, c'est-à-dire à dater de l'accouchement; le jour où il a eu lieu ne compte point, par conséquent, dans le délai. — La loi veut que la naissance soit déclarée dans un délai très bref, afin que les personnes intéressées à déguiser la vérité n'aient pas le temps de se concerter. On a d'ailleurs considéré qu'il est d'autant plus facile aux déclarants de fixer avec précision le jour et l'heure de la naissance, que la déclaration est plus rapprochée de l'accouchement.

Quid, si la déclaration est faite après ce délai?

275. — L'officier de l'état civil ne doit point recevoir et inscrire sur son registre la déclaration qui lui est faite après l'expiration de ce délai. Nous verrons, en effet, lorsque nous expliquerons l'article 99, que les rectifications aux actes de l'état civil ne peuvent être faites qu'en vertu d'un jugement rendu contradictoirement avec les parties ou elles dûment appelées, et sur les conclusions du ministère public; or, s'il en est ainsi d'une simple *rectification*, à plus forte raison doit-il en être de même d'une *omission* d'acte, c'est-à-dire de l'inscription d'une déclaration tardive. « S'il était permis, disait le Conseil d'État dans son avis du 12 brumaire an XI, de recevoir, sans intervention de la justice, des déclarations tardives, on pourrait introduire des étrangers dans les familles; cette faculté deviendrait la source des plus grands abus » (1).

A qui la déclaration doit-elle être faite?

276. — III. A qui la déclaration doit être faite. — Elle doit l'être à l'officier de l'état civil *du lieu de la naissance*. Ainsi, lorsqu'une femme accouche ailleurs qu'à son domicile, l'acte de naissance doit être dressé, non pas par l'officier du domicile de l'accouchée, mais par celui du lieu de l'accouchement.

Quelle peine encourent les personnes qui, étant obligées de la faire, ne l'ont pas faite?

277. — IV. Sanction de l'obligation de déclarer la naissance. — Les lois des 20 septembre et 19 décembre 1792 frappaient d'emprisonnement les personnes qui, étant tenues de déclarer la naissance de l'enfant, ne l'avaient pas fait. Cette peine avait pour objet de faire respecter la loi nouvelle par ceux qui, par esprit de parti ou à cause de scrupules religieux, refuseraient de faire dresser, par les officiers de l'état civil, les actes dont la rédaction avait si longtemps appartenu exclusivement au clergé.

A l'époque de la rédaction du Code, ces répugnances n'étaient plus à craindre : l'innovation introduite par la Révolution dans la tenue des actes de l'état civil étant universellement acceptée et approuvée, on jugea inutile de reproduire la pénalité qu'encouraient autrefois ceux qui ne faisaient pas la déclaration qu'ils étaient tenus de faire. Mais on ne tarda pas à s'apercevoir qu'à défaut de

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 60, p. 204, notes 11 et 12.

toute sanction, l'obligation de déclarer la naissance restait souvent inexécutée : la France étant continuellement en guerre avec l'Europe, les pères de famille, lorsque leur enfant était du sexe masculin, s'abstenaient de déclarer sa naissance, dans l'espoir de le soustraire à la conscription. Les rédacteurs du Code pénal mirent un terme à cet abus, en créant une sanction pénale contre ceux qui contreviennent à l'obligation qui leur est imposée de déclarer, dans le délai de la loi, les naissances dont ils ont été témoins : cette sanction consiste dans un emprisonnement de six jours à six mois, et dans une amende de 16 à 300 francs (C. pén., art. 346).

278. — V. Quelles personnes sont tenues de déclarer la naissance. — Il faut, à cet égard, distinguer deux cas :

Quelles personnes sont chargés de la faire? Ne faut-il pas, à cet égard, faire des distinctions?

Premier cas. — *L'accouchement a eu lieu au domicile de la mère.* — La déclaration doit être faite :

1° Par le *père*. La loi dit le *père* et non le *mari*, parce que la naissance d'un enfant naturel doit être déclarée par le père, lorsqu'il l'a reconnu avant sa naissance. S'il ne l'a pas reconnu, il n'est pas tenu de faire la déclaration, car il est libre de ne point faire l'aveu de sa paternité (voy. la *Form.* 13).

2° A défaut du père, c'est-à-dire s'il est absent, notoirement empêché, ou, dans l'hypothèse de la naissance d'un enfant naturel, s'il n'avoue pas sa paternité, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes et officiers de santé, qui ont concouru à l'accouchement.

3° Par les personnes, quelles qu'elles soient, qui y ont assisté (voy. la *Form.* 14).

279. — Deuxième cas. — *La mère est accouchée ailleurs que dans son domicile.* — La déclaration doit être faite par le maître de la maison où l'accouchement a eu lieu. Toutefois, si le père était présent et en état d'agir, c'est à lui qu'incomberait en première ligne l'obligation de déclaration. A défaut du père et du maître de la maison, l'obligation passe aux gens de l'art et aux autres personnes qui ont assisté à l'accouchement.

280. — L'obligation de déclarer la naissance n'est pas imposée concurremment et solidairement à chacune des personnes qui viennent d'être désignées. La peine établie par l'article 346 du Code pénal contre ceux qui, ayant assisté à l'accouchement, n'ont pas déclaré la naissance, est donc encourue, non pas *cumulativement* par chacun d'eux, mais dans l'ordre qui a été indiqué ci-dessus : ainsi le père ou le maître de la maison seront punis avant les gens de l'art qui ont concouru à l'accouchement, et ceux-ci avant les personnes qui en ont été témoins (1).

L'obligation de faire la déclaration est-elle imposée *concurremment* et *solidairement* à chacune de ces personnes?

281. — Le père et la personne chez qui la mère est accouchée

(1) La jurisprudence de la Cour de cassation est contraire. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. I, § 60, p. 202, notes 3 et 4.

Le père et la personne chez qui la mère est accouchée sont-ils obligés de déclarer la naissance alors même qu'ils n'ont pas assisté à l'accouchement?

sont tenus de déclarer la naissance, alors même qu'ils n'ont pas assisté à l'accouchement. Mais, dans ce cas, leur obligation est dépourvue de toute sanction pénale : car, aux termes de l'article 346 du Code pénal, la peine qu'il prononce n'est encourue que contre ceux qui, *ayant assisté à l'accouchement,* n'ont pas déclaré la naissance. Il y a là, sans doute, une lacune; mais, en matière pénale, il n'est point permis de sortir des termes de la loi (1).

A quel moment et en présence de quelles personnes doit être rédigé l'acte de naissance?
Faut-il que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil?
Quelle est l'utilité de cette présentation?

282. — VI. A QUEL MOMENT ET EN PRÉSENCE DE QUELLES PERSONNES DOIT ÊTRE RÉDIGÉ L'ACTE DE NAISSANCE; — DE LA PRÉSENTATION DE L'ENFANT A L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL. — L'acte de naissance doit être rédigé *immédiatement* après la déclaration de la naissance, en présence du déclarant et de deux témoins. Toutefois, l'officier de l'état civil doit préalablement exiger que l'enfant *lui soit présenté,* afin qu'il puisse s'assurer par lui-même s'il est ou non nouveau-né, du sexe masculin ou du sexe féminin, vivant ou sans vie. L'officier de l'état civil qui néglige cette sage précaution s'expose à devenir complice involontaire des fraudes dont les déclarants peuvent se rendre coupables : c'est ainsi qu'il inscrira comme né d'hier un enfant qui peut-être est né depuis plus d'un an, qu'il lui attribuera un sexe qu'il n'a pas, ou enfin le présentera comme vivant tandis qu'il n'a jamais vécu.

Quid, si l'enfant est malade?

Régulièrement, l'enfant doit être présenté au bureau même de l'officier de l'état civil. Cependant, lorsque le déplacement de l'enfant doit compromettre son existence, l'officier public est tenu de se présenter dans le lieu où il se trouve (2), en ayant soin d'apporter avec lui son registre, afin de rédiger l'acte de suite, c'est-à-dire sans interruption, ainsi que l'ordonne l'article 56 (voy. *Form.* 15).

Quelle énonciation l'officier de l'état civil doit-il faire lorsque l'enfant lui est présenté sans vie?
Sur quel registre doit-il faire cette énonciation?

283. — L'enfant simplement conçu est capable d'acquérir des droits (voy. l'explic. des art. 725 et 906); mais cette capacité est conditionnelle : elle est subordonnée à cette double condition qu'il naîtra *vivant* et *viable.* Il importe donc de savoir si l'enfant est né *vivant* ou s'il est *mort-né.* La loi ne veut pas que l'acte qui est dressé par l'officier de l'état civil puisse avoir aucune influence sur la solution de la question. En conséquence, l'officier de l'état civil auquel est présenté le cadavre de l'enfant doit éviter de dire que l'enfant lui a été présenté comme un enfant *mort-né,* ou qu'il est mort quelques instants ou quelques jours après sa naissance : il se borne à constater ce fait qu'on lui a présenté un enfant *sans vie.*—Remarquons qu'il dresse alors, non pas un acte de *naissance,* mais un acte de *décès* (voy. la *Form.* 16) : c'est, en effet, sur le registre des décès qu'il doit l'inscrire (décret du 4 juillet 1806).

(1) Dem., t. I, p. 172 et 173.
(2) Voy. l'article 6 du Titre III de la loi de 1792. Voy. aussi l'exposé des motifs de l'article 55, par M. Thibaudeau. Comp. M. Val., *Cours de Code civil,* p. 115.

Du reste, les obligations résultant des articles 55 et 56 du Code civil et 346 du Code pénal ne sont nullement modifiées en ce cas (1).

284. — VII. Des faits qui doivent être énoncés dans l'acte de naissance ; des personnes qui doivent être désignées. — L'acte de naissance doit énoncer :

Quels faits doit énoncer l'acte de naissance? Quelles personnes y doivent être désignées? Pourquoi faut-il indiquer :

1° La *date*, c'est-à-dire le jour et l'heure *de la naissance*. — L'heure est exigée parce qu'elle sert à déterminer, lorsque la mère a eu deux enfants jumeaux, lequel est l'aîné, c'est-à-dire le premier né. Elle est encore utile, dans le système de ceux qui soutiennent que la majorité d'une personne et, par suite, sa capacité se calculent, non par *jours, de die ad diem,* mais par *heures, de momento ad momentum;* mais cette opinion est controversée (voy. les nos 1267 à 1269).

1° La date, c'est-à-dire le jour et l'heure de la naissance?

2° *Le lieu de l'accouchement.* — Cette indication sert à faire connaître si l'officier public a instrumenté dans sa circonscription. Elle peut être utile encore, au cas où la personne désignée dans l'acte comme la mère légitime de l'enfant nie sa maternité : cette femme peut alors prouver sa prétention au moyen d'un *alibi,* en prouvant qu'au jour et à l'heure indiqués dans l'acte elle était dans un lieu autre que celui qui a été désigné comme étant celui de l'accouchement.

2° Le lieu de l'accouchement?

3° *Le sexe de l'enfant.* — Parce que les droits des femmes sont, en plusieurs points, différents de ceux dont les hommes sont investis.

3° Le sexe de l'enfant?

4° *Les prénoms qui lui sont donnés.* — Afin de fixer son identité ou individualité. L'officier de l'état civil ne doit admettre comme prénoms que les noms qui sont en usage dans les différents calendriers ou qui ont appartenu à des personnages connus dans l'histoire ancienne (loi du 11 germinal an XII). Quant au *nom* propre de l'enfant (nom de famille), il est inutile d'en faire mention : car, l'acte énonçant les *noms* des père et mère de l'enfant, le nom de ce dernier s'y trouve implicitement, puisque l'enfant porte toujours le nom de son père.

4° Les prénoms qui lui sont donnés? Quels prénoms peut-on lui donner? Faut-il indiquer son nom propre?

5° *Les noms des témoins.*

6° *Les prénoms, noms, profession et domicile* des père et mère *de l'enfant,* afin que l'acte prouve tout à la fois le fait de *la naissance* et la *filiation* (art. 319).

285. — Il est certain que le nom du père *adultérin* ou *incestueux* ne doit être ni déclaré, ni énoncé lorsque les déclarants le désignent. Cette déclaration, l'officier de l'état civil ne doit pas la recevoir, lors même qu'elle a été faite par le prétendu père en personne (arg. tiré des art. 335 et 342, qui prohibent la reconnaissance volontaire ou judiciaire des enfants adultérins ou incestueux).

286. — Mais s'il s'agit de l'acte de naissance d'un enfant *naturel*

Lorsqu'un enfant est présenté comme enfant

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 27 juillet 1872 (Sir., 72, 1, 397).

naturel simple, l'officier de l'état civil doit-il énoncer les noms des père et mère?

simple, l'officier doit-il énoncer les noms des père et mère?

L'affirmative n'est pas douteuse si l'on se place dans l'hypothèse où les père et mère se désignent eux-mêmes en reconnaissant leur enfant. Dans l'hypothèse contraire, tout le monde convient que le nom du père ne doit pas être déclaré à l'officier de l'état civil; on convient également que l'officier de l'état civil ne doit pas l'énoncer dans l'acte lorsque les déclarants font la faute de l'indiquer (1). La recherche de la paternité naturelle étant interdite, aux termes de l'article 340, le père seul a qualité pour se faire connaître. Le déclarant qui le désigne sans avoir un mandat spécial à cet effet s'expose, ainsi que l'officier de l'état civil qui inscrit sa déclaration, à une action en dommages et intérêts (voy. la *Form.* 17 *bis.*)

Si les déclarants refusent de déclarer le nom de la mère naturelle, l'officier de l'état civil peut-il légitimement refuser de dresser l'acte de naissance?

287.— Que déciderons-nous quant au nom de la mère?

D'abord, si les déclarants refusent de le faire connaître, l'officier de l'état civil doit-il néanmoins dresser l'acte de naissance? Les déclarants sont-ils alors passibles de la peine prononcée par l'article 346 du Code pénal? Dans la pratique, les officiers de l'état civil exigent tous la déclaration du nom de la mère; et, lorsque les déclarants refusent de le faire connaître, ils refusent, eux, de dresser l'acte de naissance. Les tribunaux ont même condamné quelquefois les déclarants qui ont persisté dans leur refus. Cette pratique est on ne peut plus illégale. Aucune loi n'impose au docteur en médecine ou à la sage-femme qui présente l'enfant l'obligation de faire connaître la mère, de violer le secret qui lui a été recommandé. Qu'on ne dise pas que l'article 57 lui impose implicitement ce devoir : car, en exigeant que l'officier de l'état civil mentionne, non seulement le nom de la *mère,* mais encore le nom du *père,* la loi montre suffisamment que cette disposition ne regarde que les actes de naissance des enfants *légitimes.* Autrement il faudrait dire, ce que personne n'admet, que l'officier de l'état civil peut exiger, non pas seulement le nom de la *mère,* mais encore celui du *père.*

Cette obligation dont on dit les déclarants tenus n'a qu'un résultat, un résultat déplorable : elle compromet la vie de l'enfant! car c'est indirectement pousser la mère à l'infanticide qu'imposer à ceux qu'elle appelle près d'elle l'obligation de divulguer le secret qu'elle leur confie : la crainte du déshonneur, d'un déshonneur public, dont il doit rester une trace perpétuelle, la porte au crime.

Que doit-il faire dans ce cas?

Ainsi l'officier de l'état civil doit inscrire l'enfant comme étant né de père et mère inconnus, toutes les fois que les déclarants refusent de donner le nom de la mère (2).

(1) Voy. l'exposé des motifs de M. Siméon sur l'art. 57 (Locré, t. III, p. 209).

(2) Voy., en ce sens, MM. Dem., t. I, n° 102 *bis*, II; Demol., t. I, n° 297; Aubry et Rau, t. I, § 60, note 8; Bonnier, *Traité des preuves*, 4e édition, t. II, n° 565. — La Cour de cassation, dans les motifs de son arrêt du 1er juin 1853, dit que « l'accouchement de la mère, c'est-à-dire le fait même de la maternité, étant un fait manifeste dont on peut rendre témoignage avec certitude, doit, aux termes de l'art. 57 du Code Napoléon, être énoncé dans la déclaration des

287 *bis*. — Mais s'ils le déclarent, l'officier de l'état civil *doit-il* l'inscrire dans l'acte qu'il dresse ? La question est controversée.

Mais s'ils le déclarent, doit-il en faire mention ?

Premier système. — *Il ne le doit ni ne le peut* : car, aux termes de l'article 35, il ne doit insérer dans l'acte qu'il rédige que les faits qui doivent lui être déclarés (voy. le n° 248), et aucune loi n'impose aux déclarants l'obligation de faire connaître la mère de l'enfant qu'ils présentent comme étant naturel.

Dans quel intérêt, d'ailleurs, mentionnerait-on le nom de la mère ? Pour servir de preuve à l'enfant, lorsqu'il recherchera plus tard sa filiation ? Mais la filiation naturelle, à la différence de la filiation légitime, ne se prouve point par l'acte de naissance (voy. le n° 946). Cet acte ne peut pas même servir de commencement de preuve par écrit pour rendre admissible la preuve testimoniale : car les écrits auxquels la loi attribue cet effet sont ceux-là seulement qui émanent de la mère ou d'une personne qui y aurait intérêt si elle était vivante (art. 324) (1).

Deuxième système. — Il le *peut* et il le *doit*. Bien loin que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance soit sans objet, elle a, au contraire, une essentielle utilité. Il est, en effet, généralement admis que l'acte de naissance indicatif du nom de la mère *fait preuve de la maternité,* sous la seule condition que l'identité de l'enfant ne sera pas contestée, ou, en cas de contestation, qu'elle sera établie par l'aveu tacite de la mère, et, conséquemment, par la possession d'état. — A la vérité, bien que la mention dont s'agit soit fort utile, comme aucun texte ne la prescrit (voy. le n° 287), on peut dire que l'officier de l'état civil *n'est pas tenu* de la faire. Mais, si la loi ne l'exige point, elle ne la défend pas non plus : dès lors, quoi de plus naturel que l'officier de l'état civil use de la liberté qu'elle lui laisse ?

Au surplus, quand même la prémisse de ce raisonnement ne serait point fondée, la solution qu'elle motive resterait exacte néanmoins. Sans doute, dirait-on, la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance ne prouve pas la maternité ; elle ne sert même pas de commencement de preuve par écrit, à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale. Mais elle sert d'indice à l'enfant, elle le met sur la voie lorsqu'il recherche sa filiation. Elle est donc utile. Dès lors pourquoi ne pas la faire ? La loi, dit-on, ne la prescrit point ! Nous le reconnaissons ; mais elle ne la prohibe ni expressément ni tacitement, et c'est entrer dans ses vues que de fournir à l'enfant qui recherchera plus tard sa filiation (art. 341) un indice qui le mettra sur la voie. Or, l'officier de l'état civil peut évidemment recevoir et mentionner dans l'acte qu'il dresse les

personnes à qui l'art. 56 donne la mission de déclarer la naissance » (Sir., 53, 1, 481).

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., t. 1, n° 136 ; Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n°s 38 et 40 ; Laurent, t. II, p. 80 et suiv. — Voy., à l'appui de ce système, ce qui est dit ci-dessous, n° 300, à la note.

déclarations qui, bien que non expressément prescrites par la loi, rentrent néanmoins dans son esprit (1).

287 *ter*. — *En résumé,* les comparants doivent déclarer, et l'officier de l'état civil doit inscrire, dans tous les cas, les prénoms, noms... des père et mère de l'enfant qui est présenté comme légitime.

Ils ne doivent, dans aucun cas, déclarer, sans son aveu, le nom du père de l'enfant qu'ils présentent comme étant naturel. S'ils le déclarent, l'officier de l'état civil n'en doit point faire mention.

Le nom du père naturel *doit* être mentionné lorsqu'il le déclare lui-même, ou que les comparants le désignent en vertu d'une procuration spéciale.

Quant au nom de la mère naturelle, les comparants ne peuvent pas être contraints de le donner (ci-dessus, n° 287). S'ils le déclarent volontairement, l'officier de l'état civil *peut* et *doit* recevoir leur déclaration et l'inscrire sur le registre.

Le père adultérin ou incestueux ne doit pas être désigné, alors même qu'il demanderait à l'être.

Art. 58.

Quelles règles la loi prescrit-elle relativement aux enfants trouvés?

288. — VIII. DES ENFANTS TROUVÉS. — Toutes les circonstances propres à constater leur individualité et à les faire reconnaître un jour par leurs parents doivent être soigneusement rassemblées et constatées. En conséquence, toute personne qui trouve un nouveau-né *doit,* sous peine d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 16 à 300 francs (art. 347, C. pén.), le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effet trouvés avec l'enfant, et déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il a été trouvé. — Il en est dressé un procès-verbal détaillé, qui énonce en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont donnés, l'autorité civile à laquelle il est remis. Ce procès-verbal est inscrit sur les registres (voy. la *Form*. 20 *bis*).

Art. 59 à 61.

Quid, quant aux enfants nés pendant un voyage en mer?

289. — IX. DES ENFANTS NÉS PENDANT UN VOYAGE EN MER. — L'acte est dressé dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est présent, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, et, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. — Cet acte est rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'État, par l'officier d'administration de la marine, et, sur les bâtiments appartenant à un armateur ou négociant, par le capitaine, maître ou patron du navire. — L'acte de naissance est inscrit à la suite du rôle d'équipage.

Au premier port où le bâtiment aborde, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, sont tenus de déposer deux expéditions authentiques des

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 209 et 222; *Explic. somm.*, p. 185 et 186; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 117; Dem., t. I, n° 102 *bis*, II et III; Aubry et Rau, t. I, § 60, note 8. — M. Demol., qui dans le principe professait le premier système, s'est rallié au second, t. I, n° 297.

actes de naissance qu'ils ont rédigés, savoir : dans un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime, et, dans un port étranger, entre les mains du consul.

L'une de ces expéditions reste au bureau de l'inscription maritime, ou à la chancellerie du consulat ; l'autre est envoyée au Ministre de la marine, qui fait parvenir une copie, de lui certifiée, de chacun desdits actes à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu. Cette copie est inscrite de suite sur les registres.

A l'arrivée du bâtiment dans le port de désarmement, le rôle d'équipage est déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui envoie une expédition de l'acte de naissance, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu. Cette expédition est inscrite de suite sur les registres (voy. la *Form.* 27).

Art. 62.

Quid, quant aux enfants naturels reconnus par un acte postérieur à leur acte de naissance?

290. — X. Des enfants naturels reconnus par un acte postérieur a leur acte de naissance. — Un enfant naturel peut être reconnu, soit dans son acte de naissance, soit par un acte postérieur ; dans ce dernier cas, la reconnaissance peut être faite soit devant un officier public, par exemple devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil qui a reçu l'acte de naissance, ou tout autre officier de l'état civil.

Lorsque la reconnaissance a été faite dans l'acte de naissance, cet acte prouve la naissance et la filiation. Dans le cas contraire, la preuve de la filiation résulte de l'acte de reconnaissance. Il importe donc d'en assurer la publicité et la conservation. C'est dans ce but que la loi ordonne qu'il soit inscrit sur le registre des naissances, à sa date, et qu'il en soit fait mention en marge de l'acte de naissance.

Un acte de naissance a été reçu le 1er février 1851 ; l'enfant auquel il se rapporte est désigné comme étant né de père et de mère inconnus. Le 1er juillet 1853, les père et mère de l'enfant le reconnaissent devant l'officier de l'état civil qui a reçu son acte de naissance. L'officier de l'état civil est tenu, 1° d'inscrire sur son registre courant des naissances, à sa date, c'est-à-dire le 1er juillet 1853, la reconnaissance qu'il reçoit ; 2° d'en faire mention en marge de l'acte de naissance qui a été inscrit sur le registre de 1851, afin que ceux qui le consulteront apprennent en même temps la naissance de l'enfant et sa reconnaissance.

Si la reconnaissance a été faite devant notaire, ou devant un officier de l'état civil autre que celui qui a reçu l'acte de naissance, une expédition authentique et dûment légalisée de l'acte de reconnaissance doit être remise à l'officier de l'état civil qui a reçu l'acte de naissance, afin qu'il la transcrive sur son registre courant et la mentionne en marge de l'acte de naissance.

— Cette transcription et cette mention doivent être faites conformément aux règles générales prescrites pour la rédaction des

actes de l'état civil : elles doivent donc l'être en présence de deux témoins. Toutefois, la loi ne s'étant pas expliquée à cet égard, l'inobservation de cette formalité n'entraînerait point la nullité de la transcription (voy. les *Form.* 21 à 25).

Remarquons même que la reconnaissance faite devant un officier autre que celui qui a reçu l'acte de naissance est indépendante de sa transcription sur les registres de l'état civil du lieu de la naissance. Il est bon de requérir cette transcription ; mais la loi ne l'exige pas à peine de nullité de la reconnaissance.

Lorsqu'un enfant *légitime* a été inscrit comme enfant *naturel*, ses père et mère peuvent-ils, par une reconnaissance postérieure, inscrite sur le registre courant et mentionnée en marge de son acte de naissance, lui fournir la preuve de sa filiation légitime?

291. — Un enfant, qui en fait est *légitime,* a été inscrit comme étant né de père et mère inconnus ; ou, ce qui revient au même, son acte de naissance ne mentionne pas les noms de ses père et mère : ceux-ci peuvent-ils, par une reconnaissance postérieure, inscrite sur le registre courant et mentionnée en marge de l'acte de naissance de leur enfant, lui fournir la preuve de sa filiation légitime? La négative est généralement admise. Les noms des père et mère légitimes n'ayant pas été mentionnés dans l'acte de naissance, cet acte est *irrégulier* ou *incomplet* (art. 57) ; or, les *irrégularités* ou les *lacunes* des actes de l'état civil ne peuvent être réparées que par la voie judiciaire. On rentre ainsi dans l'hypothèse d'une *rectification,* qui ne peut jamais avoir lieu qu'en vertu d'un jugement (voy. les nos 310 et suiv.).

CHAPITRE III. — DES ACTES DE MARIAGE.

Nous en traiterons au Titre *du Mariage,* sous le chapitre II.

9e *Répétition.*

CHAPITRE IV. — DES ACTES DE DÉCÈS.

292. — Ce chapitre contient deux classes de dispositions. Les unes sont relatives aux mesures de police judiciaire, à prendre : 1° pour s'assurer du décès, afin de prévenir les inhumations précipitées, et d'empêcher, par cette sage précaution, l'inhumation des personnes tombées en léthargie ; 2° pour recueillir, en cas de mort violente, les circonstances propres à mettre sur la trace du crime dont on soupçonne l'existence. Les autres se réfèrent à la rédaction de l'acte de décès ; elles ont pour objet : 1° de constater le décès, 2° de déterminer l'individualité de la personne décédée.

Art. 77.

Quand et après quelles formalités est-il permis d'inhumer?
Dans quel but ces formalités sont-elles prescrites?

293. — I. MESURES DE POLICE JUDICIAIRE PRESCRITES POUR LA VÉRIFICATION DU DÉCÈS. — Aucune inhumation ne peut être faite sans autorisation. Cette autorisation est donnée, sur papier libre, et sans frais, par l'officier de l'état civil, qui ne peut la délivrer qu'après s'être assuré par lui-même du décès : il doit donc, à cet effet, se transporter auprès de la personne décédée (voy. la *Form.* 28).

Dans la pratique, l'officier de l'état civil, au lieu de faire lui-même la vérification du décès, confie ce soin à un homme de l'art, à un médecin. Cet usage n'est pas conforme au texte de la loi, mais son esprit l'approuve.

L'inhumation ne peut avoir lieu que vingt-quatre heures après le décès (voy. la sanction de cette obligation dans l'article 358, C. pén.); quant à l'autorisation de la faire, l'officier de l'état civil peut la délivrer dès que le décès a été vérifié.

Dans certains cas prévus par les règlements de police, par exemple, en cas de maladie contagieuse ou de corruption prématurée, l'inhumation peut être faite avant l'expiration du délai légal ordinaire.

294. — II. Mesures de police prescrites pour recueillir les circonstances propres a mettre la justice sur la voie du crime qu'on soupçonne. — Lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent lieu de la soupçonner, l'inhumation ne peut être faite qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, a dressé procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il a pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée.

Art. 81.

Quid, lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent lieu de la soupçonner?

295. — III. Rédaction de l'acte de décès. — L'acte de décès doit être dressé par l'officier de l'état civil, sur la *déclaration* de deux *témoins*. Ainsi, les rôles de *déclarants* et de *témoins* sont ici confondus : concluons-en que la déclaration du décès ne peut être faite que par des personnes capables d'être *témoins*, c'est-à-dire âgées de vingt et un ans au moins, et du sexe masculin (art. 37) (1).

Les *témoins déclarants* doivent être, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne est décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle le décès a eu lieu et un parent ou autre.

Art. 78.

Par qui l'acte de décès doit-il être dressé?

Quelles personnes peuvent faire la déclaration du décès?

Parmi quelles personnes doit-on, autant que possible, prendre les témoins déclarants?

La loi n'impose pas précisément à ces personnes l'*obligation* de faire la déclaration du décès; elle se borne à dire que leur déclaration doit être admise de préférence à toute autre. Cette préférence est fort sage d'ailleurs : on conçoit, en effet, que ceux qui sont le mieux à même de donner les indications nécessaires à la rédaction de l'acte sont précisément les plus proches parents de la personne décédée, ou ses voisins.

Ces personnes sont-elles *obligées* de faire la déclaration?

Pourquoi la loi les préfère-t-elle à toute autre?

296. — La loi du 20 septembre 1792 voulait que la déclaration fût faite dans les vingt-quatre heures, sous peine d'emprisonnement. Le Code n'a pas reproduit cette disposition. Les rédacteurs du Code ont pensé, sans doute, que, l'inhumation devant être,

Dans quel délai la déclaration doit-elle être faite?

Quid, si elle n'a pas été faite dans ce délai?

(1) Voy. M. Val., *Cours de C. civ.*, p. 119.

par la force même des choses, faite *immédiatement* après les vingt-quatre heures, pendant lesquelles elle ne peut pas avoir lieu, l'officier de l'état civil serait, dans ce délai, nécessairement averti du décès, puisque l'inhumation ne peut se faire sans son autorisation.

Les parents les plus proches ou les voisins qui n'ont pas fait la déclaration, ou qui ne l'ont faite que tardivement, encourent-ils une peine?

Quoi qu'il en soit, il est évident que les parents les plus proches ou les voisins qui n'ont pas fait la déclaration du décès, ou qui ne l'ont faite que tardivement, ne sont point, comme autrefois, passibles de l'emprisonnement : car la loi, qui d'ailleurs ne leur a imposé aucune obligation à cet égard, n'a établi aucune peine contre eux.

Art. 79 et 85.

Quelles énonciations doit contenir l'acte de décès?

Doit-il rapporter les circonstances qui ont précédé ou accompagné le décès?

297. — L'acte de décès doit se borner à constater : 1° le fait même du décès; 2° l'individualité de la personne décédée (voy. la *Form.* 29). Quant aux circonstances qui ont précédé ou accompagné le décès, l'acte qui le relate n'en doit pas faire mention. Ainsi, lorsqu'une personne s'est suicidée, lorsqu'elle est morte victime d'un assassinat, ou lorsqu'elle est décédée soit en prison, soit sur l'échafaud, ces circonstances de son décès ne doivent pas être relatées dans l'acte qui en a été dressé. La loi a pensé, avec raison, qu'il ne fallait pas perpétuer le souvenir de faits qui pourraient atteindre l'honneur de la famille.

L'acte de décès doit donc contenir simplement :

1° Les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée. — Il doit, de plus, dire si elle était veuve ou mariée;

2° S'il est possible de les connaître, les prénoms, noms, professions et domicile des père et mère;

3° Le lieu de la naissance.

Ces indications ont pour objet de fixer d'une manière précise l'individualité de la personne décédée.

L'officier de l'état civil est-il tenu de mentionner le jour et l'heure du décès?

S'il ne le *doit* pas, le *peut*-il au moins?

S'il fait cette mention, aura-t-elle une force probante?

Faudra-t-il, pour l'attaquer, prendre la voie de l'inscription en faux?

298. — La loi, qui ordonne expressément que le *jour* et l'*heure* de la naissance soient indiqués dans l'acte qui en est dressé, n'exige point, du moins expressément, que l'acte qui constate le décès contienne la mention du *jour* et de l'*heure* auxquels il a eu lieu. Cependant il importe bien plus de connaître le moment précis d'un *décès* que celui d'une *naissance*. C'est, en effet, le *moment* même du décès qui, d'une part, rend la personne décédée incapable d'acquérir des successions, et qui, d'autre part, donne ouverture à la sienne, en sorte qu'en avançant ou en reculant l'heure du décès on peut changer l'ordre légal de la dévolution des biens (voy. l'explic. de l'art. 725). Au contraire, la faculté pour une personne d'acquérir des successions ou des libéralités ne dépend point de l'*heure* de sa naissance : car, l'enfant simplement *conçu* étant capable, sous la condition qu'il naîtra vivant et viable, il importe peu qu'il soit né à telle ou telle heure du jour.

Le silence de la loi sur un point aussi important a donné lieu à plusieurs questions. L'officier de l'état civil *doit*-il, bien que la loi ne l'exige pas en termes formels, mentionner la déclaration qui

lui est faite du jour et de l'heure du décès? S'il ne le *doit* pas, ne le *peut*-il pas, au moins? Lorsqu'il la mentionne, cette mention a-t-elle une force probante? Faut-il, pour l'attaquer, prendre la voie de l'inscription en faux?

299. — PREMIER SYSTÈME. — L'officier de l'état civil ne *doit* recevoir et mentionner que les déclarations qui doivent lui être faites selon la loi (art. 35); or, aucune loi n'exige la mention du jour et de l'heure du décès : donc..., etc.

Ainsi, l'énonciation du jour et de l'heure du décès n'a aucune force probante : les déclarants n'avaient pas qualité pour donner cette indication; l'officier de l'état civil n'avait point mission pour la recevoir. C'est un acte nul, par conséquent.

Le système contraire serait fort dangereux. Qu'arriverait-il, en effet, si la loi exigeait cette indication?

Les déclarants auraient qualité pour la faire; leur déclaration serait, par conséquent, réputée conforme à la vérité. On pourrait, il est vrai, l'attaquer par la voie ordinaire et sans s'inscrire en faux ; mais elle n'en ferait pas moins preuve, tant que sa fausseté ne serait pas démontrée.

L'officier de l'état civil aurait mission de la recevoir ; c'est comme officier public qu'il la mentionnerait dans l'acte, en sorte que les parties qui prétendraient qu'il a mentionné une heure qui ne lui a pas été indiquée seraient obligées, pour soutenir leur prétention, de prendre la voie si périlleuse de l'inscription de faux (voy. le n° 261).

On donnerait ainsi aux déclarants, dont la sincérité n'est point garantie par la solennité du serment, et surtout à l'officier de l'état civil, dont la fraude serait si difficile à découvrir, un pouvoir exorbitant : car, en avançant ou en reculant l'heure du décès, ils pourraient, en fait, changer l'ordre légal des successions. C'est ce que la loi n'a pas voulu ! Elle a pensé que la question de savoir le moment précis de la mort d'une personne se rattache à des intérêts trop graves, pour qu'elle puisse être préjugée par l'acte de décès : sa solution, à raison de son importance, est exclusivement du domaine des tribunaux. Elle doit donc être réservée entière, et pour cela il importe que l'acte qui relate le décès ne dise rien du jour et de l'heure auxquels il a eu lieu. C'est dans le même but et par le même motif que le décret du 4 juillet 1806 défend à l'officier de l'état civil, auquel un enfant *mort* est présenté, d'énoncer dans l'acte de décès qu'il rédige la déclaration qui lui a été faite que l'enfant est *décédé* à telle ou telle heure, ou qu'il est venu au monde mort; il doit, afin de laisser entière l'importante question de savoir si l'enfant a vécu ou non, se borner à dire qu'il lui a été présenté *sans vie* (voy. le n° 283).

300. — DEUXIÈME SYSTÈME. — Il est bien vrai que l'officier de l'état civil n'est pas obligé de mentionner l'époque du décès; mais, la loi ne contenant sur ce point aucune prohibition, rien ne s'oppose à ce que l'officier de l'état civil reçoive et mentionne, dans

l'acte qu'il dresse, la déclaration qui lui est faite du jour et de l'heure auxquels le décès a eu lieu. Toutefois, cette énonciation ne fait point preuve jusqu'à inscription de faux : on peut, alors même qu'on soutient que l'officier a mentionné une heure autre que celle qui lui a été déclarée, l'attaquer par toute espèce de moyens, par titres, par témoins, ou même par de simples présomptions; l'officier de l'état civil n'ayant pas reçu mission de la loi à l'effet de recevoir et de mentionner cette déclaration, la mention qu'il en fait n'est et ne peut être que l'œuvre d'un simple particulier. En d'autres termes, la *déclaration* n'étant que le témoignage de deux témoins ordinaires, et la *mention* qui en est faite le témoignage d'un simple particulier, elles sont l'une et l'autre réputées conformes à la vérité, tant que la fausseté n'en est pas démontrée; mais on peut établir cette fausseté par les voies ordinaires, sans recourir à l'inscription de faux (1).

Art. 80.

301. — IV. Des décès arrivés dans les hôpitaux militaires, civils, ou autres maisons publiques, telles que séminaires, collèges... — Les *supérieurs, directeurs, administrateurs* et *maîtres* de ces maisons sont tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui doit s'y transporter pour s'assurer du décès; après quoi il en dresse acte, sur les déclarations qui lui ont été faites, et sur les renseignements qu'il a pris lui-même (voy. la *Form.* 31). Cet acte doit être envoyé à l'officier de l'état civil du dernier domicile de la personne décédée, qui l'inscrit sur ses registres.

La loi exige, en outre, qu'il soit tenu dans ces maisons un registre destiné à inscrire les déclarations et renseignements qui doivent être relatés dans l'acte de l'état civil; mais ce registre, émané de simples particuliers, n'a aucune force probante.

Art. 81 et 82.

Que doit faire l'officier de police qui a dressé procès-verbal des indices ou autres circonstances qui font présumer que la mort a été violente?

302. — V. Des cas où il existe des signes de mort violente ou des circonstances qui la font présumer. — L'officier *de police* est *tenu* de transmettre de suite à l'officier *de l'état civil* du lieu où la personne est décédée *tous* les renseignements énoncés dans son procès-verbal (voy., sous le n° 294, le but de ce procès-verbal) et d'après lesquels l'acte de décès doit être rédigé.

La loi dit : *tous* les renseignements énoncés dans son procès-verbal... Il y a là une erreur à rectifier. L'officier de police qui a dressé procès-verbal des indices ou des circonstances qui font présumer que la mort a été violente, de l'état dans lequel il a trouvé

(1) Ce second système est généralement suivi (voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 61, note 3). Le premier, néanmoins, me paraît préférable. A quel titre, en effet, la déclaration du jour et de l'heure du décès ferait-elle preuve? Ceux qui l'ont faite ne peuvent être crus ni comme déclarants, puisque la loi ne leur a point donné qualité pour la faire, ni comme témoins ordinaires, puisqu'ils ont témoigné sans la garantie du serment (*Conf.* M. Demol., t. I, n° 304; M. Laurent, t. II, n° 62).

le cadavre..., n'est pas tenu de transmettre ces renseignements à l'officier de l'état civil, car aucun de ces détails ne doit être relaté dans l'acte de décès (voy. le nº 297); il suffit qu'il lui transmette tous les renseignements qui doivent être relatés dans cet acte, c'est-à-dire ceux qui se rapportent à l'état civil de la personne décédée, tels que ses prénoms, nom, âge, le lieu de sa naissance, sa profession et son domicile (voy. la *Form.* 32).

— Dès que l'acte de décès est dressé, l'officier de l'état civil en envoie une expédition à l'officier du domicile de la personne décédée, s'il est connu ; cette expédition est inscrite sur les registres.

Que doit faire l'officier de l'état civil qui sur ce procès-verbal, a dressé l'acte de décès?

303. — VI. Du décès des condamnés a mort. — Le greffier criminel est tenu d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné a été exécuté, tous les renseignements énoncés dans l'article 79 et d'après lesquels l'acte de décès doit être rédigé (voy. la *Form.* 33).

Art. 83.

Quid, quant au décès des condamnés à mort?

304. — VII. Des décès survenus dans les prisons, maisons de réclusion et de détention. — Il en est donné avis sur-le-champ, par les concierges et gardiens, à l'officier de l'état civil, qui s'y transporte pour s'assurer du décès ; après quoi il rédige l'acte de décès, sur les déclarations qui lui ont été faites et sur les renseignements qu'il a pris.

Art. 84.

Quid, quant aux décès survenus dans les prisons, maisons de réclusion et de détention?

305. — VIII. Des décès arrivés pendant un voyage en mer. — La loi prescrit, pour les actes de *décès* arrivés en mer, les mêmes formalités que celles qu'elle a prescrites pour les naissances survenues dans les mêmes circonstances (voy. la *Form.* 34, et, ci-dessus, le nº 289).

Art. 86 et 87.

Quid, quant aux décès arrivés en mer?

306. — IX. Des décès des personnes qui ont péri dans les flots, dans un incendie ou dans un éboulement, et dont on ne retrouve pas le corps.— Il doit être dressé par le maire un procès-verbal de toutes les circonstances de l'événement (voy. la *Form.* 35); ce procès-verbal est, à la réquisition du ministère public et sur l'autorisation du tribunal, annexé aux registres de l'état civil; il tient lieu de l'acte de décès (1).

Quid, enfin, quant aux décès des personnes qui ont péri dans les flots, dans un incendie ou un éboulement, et dont on ne retrouve pas les corps?

CHAPITRE V. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DE LA FRANCE.

307. — Dans la pensée des auteurs du projet du Code, les articles 47 et 48 devaient s'appliquer aux militaires hors du territoire de la France. Dans ce système, les actes de l'état civil qui les concernaient pouvaient être reçus, soit selon les formes françaises, par

Art. 88 à 98.

La règle *locus regit actum* est-elle applicable aux actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de la France?

(1) Voy. l'art. 19 du décret du 3 janvier 1813 *contenant des dispositions de police relatives à l'exploitation des mines.*

Par quelle autre règle a-t-elle été remplacée?

nos agents diplomatiques ou consuls, soit selon les formes usitées dans le pays où ils se trouvaient, par les officiers publics étrangers, conformément à la règle *locus regit actum.*

Mais le Premier Consul proposa une fiction qui fut adoptée. Les militaires en activité de service, dit-il, ne sont jamais à l'étranger: *là où est le drapeau, là est la France !* Dans ce système, le territoire étranger occupé par une armée française est fictivement réputé français. De là la règle suivante : les actes de l'état civil concernant les militaires en activité de service hors de la France doivent être reçus par des officiers publics français, et selon les formes françaises.

Cette compétence des officiers publics français est-elle *facultative* ou *forcée?*

Quid, si un acte de l'état civil concernant des militaires hors du territoire de la France a été reçu par un officier public étranger, selon les formes usitées dans le pays où il a été reçu?

Quid, si l'acte concerne tout à la fois un militaire et une personne du pays occupé?

Cette compétence des officiers publics français (nous verrons tout à l'heure quelles sont les personnes qui sont revêtues de ce caractère) est-elle *forcée* ou *facultative?* En d'autres termes, les actes de l'état civil des militaires en activité de service hors de la France sont-ils nuls lorsqu'ils ont été reçus par l'officier public étranger, selon les formes usitées dans le pays où ils ont été reçus?

La fiction *là où est le drapeau, là est la France,* donne la solution de la question. Le territoire occupé par l'armée française étant, relativement aux personnes qui la composent ou qui sont employées à sa suite, réputé *français,* il en résulte que les officiers publics étrangers sont incapables d'y faire aucun acte d'autorité, et, par suite, d'y recevoir des actes de l'état civil, des personnes dont je viens de parler. Ainsi, par exemple, l'acte de décès d'un militaire décédé dans un camp ou dans un hôpital occupé par l'armée française n'est valable qu'autant qu'il est reçu par l'officier français et selon les formes françaises. L'officier étranger qui le recevrait ferait un acte radicalement nul. Un militaire veut se marier avec une femme du pays occupé par l'armée française. L'officier français peut valablement célébrer le mariage selon les formes françaises, car légalement le mariage a lieu en France; et nos officiers publics sont, en France, compétents, non seulement pour célébrer le mariage des Français, mais encore pour marier deux personnes dont l'une est française et l'autre étrangère. L'officier public du pays où ce mariage a lieu ne pourrait pas, au contraire, le célébrer : ce pays étant légalement la France, il n'y peut faire aucun acte d'autorité.

Ainsi, dans les lieux occupés par l'armée française, les officiers publics français sont seuls compétents pour recevoir les actes de l'état civil des personnes qui font partie de l'armée ou qui y sont attachées; et il en est ainsi, alors même que l'acte concerne tout à la fois l'une de ces personnes et une personne du pays occupé.

Quid, s'il concerne uniquement une personne française qui ne fait point partie de l'armée et qui n'y est point attachée?

Que si, au contraire, l'acte concerne uniquement une personne française qui ne fait point partie de l'armée et qui n'y est point attachée, il peut alors être reçu soit par l'officier public étranger, selon les formes usitées dans le pays où l'acte a lieu, soit par nos agents diplomatiques, selon les formes françaises (art. 47 et 48).

Que si, enfin, il concerne uniquement une personne de ce pays, l'officier public étranger est seul compétent pour le recevoir.

Quid, enfin, s'il ne concerne qu'une personne du pays occupé?

— Il est bien entendu, en outre, que les militaires éloignés de leur drapeau, qui sont prisonniers ou résident dans un lieu autre que celui qui est occupé par l'armée française, sont régis par les articles 47 et 48 : ils ne sont plus en France, puisqu'ils ne sont plus avec le drapeau.

308. — En résumé, 1° un mode spécial de constater les naissances, mariages et décès, a été organisé par la loi française, pour les militaires en activité de service hors du territoire de la France.

En résumé, dans quels pays le mode spécial que la loi a tracé pour les actes de l'état civil des militaires en activité de service est-il applicable?

Ces règles spéciales ne doivent être suivies *qu'à l'étranger*. Toutefois, et par analogie de motifs, elles sont applicables, *même en France,* lorsque, par suite des accidents de la guerre, l'armée n'a aucune communication avec les autorités civiles ordinaires; mais, sauf cette exception, les militaires en activité de service dans l'intérieur de la France sont soumis aux règles du droit commun.

2° Elles ne s'appliquent, à l'étranger, que dans les lieux occupés par l'armée française, là où elle commande en maître; partout ailleurs, le droit commun reprend son empire.

S'applique-t-il partout, à l'étranger?

3° Elles ne régissent, dans les lieux occupés par l'armée française, que les actes concernant les militaires qui la composent, ou les personnes qui sont attachées à sa suite, telles que les fournisseurs de vivres, les vivandières et domestiques; à l'égard de toutes autres personnes, les articles 47 et 48 reçoivent leur application ordinaire.

A quelles personnes s'applique-t-il?

4° Dans les lieux occupés par l'armée française, et relativement aux personnes qui la composent ou qui sont attachées à sa suite, les officiers français sont seuls compétents, les articles 47 et 48 ne reçoivent point d'application dans ce cas (1).

309. — Je passe aux détails.

Le quartier-maître (il a été remplacé par le major du régiment. Arrêté du 1er vendém. an XII), dans chaque corps d'un ou de plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, remplissent les fonctions d'officier de l'état civil. Ces mêmes fonctions sont remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés de l'armée, par *l'inspecteur aux revues* attaché à l'armée ou au corps d'armée. (L'inspecteur aux revues a été remplacé par l'intendant ou le sous-intendant militaire. Ord. du 29 juillet 1817).

Quel est l'officier militaire qui remplit les fonctions d'officier de l'état civil?

— Il est tenu, dans chaque corps de troupes, un seul registre pour les naissances, mariages et décès des individus de ce corps,

Tient-on, dans chaque corps, un registre spécial pour les maria-

(1) Voy., en ce sens, Dem., t. I, p. 188, et Marc., sur l'art. 88. — La jurisprudence a été amenée, par les inconvénients auxquels pouvait donner lieu l'application de cette doctrine rigoureuse, à se prononcer en sens contraire. Comp. MM. Demol., t. I, n° 315; Aubry et Rau, t. I, § 66, p. 223, notes 11 et 12; Laurent, t. II, nos 12 et suiv.; Val., *Cours de C. civ.*, p. 121 et 122.

ges, naissances et décès?
Ce registre est-il tenu double?
Comment est-il conservé?
Où le dépose-t-on?

et un autre, à l'état-major de l'armée ou du corps d'armée, pour les mariages et décès des officiers sans troupes et des employés. Ces registres sont conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire de la France.

Par qui est-il coté et paraphé?

— Les registres sont cotés et paraphés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande, et à l'état-major par le chef de l'état-major général.

Dans quel délai les naissances doivent-elles être déclarées?
Pourquoi a-t-on dix jours pour en faire la déclaration?

— Les déclarations de naissances à l'armée doivent être faites dans les dix jours qui suivent l'accouchement. Le délai du droit commun (trois jours, art. 55) n'a pas paru ici suffisant : la loi a pensé, avec raison, qu'au milieu des embarras de la guerre il n'est pas toujours facile de trouver le moment opportun pour faire la déclaration, rencontrer les témoins nécessaires et rédiger l'acte voulu par la loi.

Que doit faire l'officier qui a dressé un acte de l'état civil?

— L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil doit, dans les dix jours qui suivent l'inscription d'un acte de naissance audit registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu.

Où et comment se font les publications de mariage des militaires et des employés à la suite des armées?
Après quel délai le mariage peut-il avoir lieu?

— Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées sont faites au lieu de leur dernier domicile. Elles sont mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie.

Que doit faire l'officier qui a célébré le mariage?

— Immédiatement après l'inscription sur le registre de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en envoie une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux.

Par qui sont, dans chaque corps, dressés les actes de décès?
Combien faut-il de témoins?
Que doit faire l'officier qui a dressé un acte de décès?

— Les actes de décès sont dressés, dans chaque corps, par le major du régiment; et, pour les officiers sans troupes et employés, par l'intendant ou le sous-intendant militaire, sur l'attestation de *trois* témoins (il n'en faut que deux selon le droit commun, art. 78) (voy. la *Form.* 36). L'extrait de ces registres est envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

Quid, en cas de décès dans les hôpitaux militaires, ambulants ou sédentaires?

— En cas de décès dans les hôpitaux militaires, ambulants ou sédentaires, l'acte est rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au major du régiment ou à l'intendant militaire de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en font parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

— L'officier de l'état civil du domicile des parties, auquel il a été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'état civil, est tenu de l'inscrire de suite sur les registres.

CHAPITRE VI. — DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

310. — I. DANS QUELS CAS ON PEUT LA DEMANDER. — Elle peut être demandée : 1° lorsque l'acte n'énonce pas tous les faits qu'il doit contenir, par exemple, lorsqu'un acte de naissance n'indique point le sexe de l'enfant, le jour et l'heure auxquels il est né, les noms des père et mère légitimes ; — 2° lorsqu'il énonce des faits qui ne doivent pas y être relatés, par exemple, lorsqu'on désigne le père *adultérin* ou *incestueux* (voy. le n° 285) ; — 3° lorsqu'il contient des altérations faites après coup ou de fausses désignations dans les noms ou prénoms (1).

Art. 99.

Dans quels cas la rectification d'un acte de l'état civil peut-elle être demandée?

311. — II. QUELLES PERSONNES PEUVENT LA DEMANDER, ET QUELLE AUTORITÉ A LE DROIT DE L'ORDONNER. — Les auteurs du projet originaire de la loi avaient proposé deux sortes de rectification : l'une faite *d'office* par le tribunal, sur la *réquisition du ministère public;* l'autre *contentieuse, sur la demande des parties intéressées.* Mais, dans la rédaction définitive, la première fut écartée : aucune modification ou rectification ne peut donc être ordonnée que par le tribunal et sur la demande des parties intéréssées.

Quelles personnes peuvent la demander? Quelle autorité est compétente pour l'accorder?

Ainsi, l'officier de l'état civil ne peut, en aucun cas, réparer d'office et après coup les fautes qu'il a pu commettre dans la rédaction de l'acte ; il ne le peut point, alors même que les parties lui accordent plein pouvoir à cet effet : « *Ce qui est écrit est écrit,* disait M. Siméon au Conseil d'État ; il ne lui est point permis de toucher au dépôt qui lui est confié. »

L'officier de l'état civil peut-il la faire d'office?

Le procureur de la République ne peut point requérir lui-même les rectifications qu'il croit utiles ou nécessaires. La loi le charge du soin de vérifier l'état matériel des registres, de signaler des erreurs ou omissions qu'il y rencontre et de requérir des peines contre les auteurs de ces contraventions ; mais là s'arrête son pouvoir : il n'a point qualité pour demander et faire opérer la rectification des erreurs qu'il a découvertes (voy. le n° 259) (2).

Le procureur de la République peut-il la requérir?
Quel droit, ou plutôt quel devoir, a-t-il?

Ce droit n'appartient qu'aux parties que l'acte intéresse. Tant qu'elles ne réclament point, l'acte, si irrégulier qu'il soit, reste ce

Que peut faire le tribunal saisi d'une demande en rectification?

(1) On peut procéder par forme de demande en rectification (c'est-à-dire par *requête*) lors même que la demande tendrait à faire reconnaître à la personne un état différent de celui que lui assigne l'acte dont la rectification est réclamée. Voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 63, p. 209, note 5.

(2) Ce principe souffre trois exceptions. Le procureur de la République peut demander la rectification : 1° lorsqu'elle intéresse l'ordre public, par exemple, lorsque l'acte relate une filiation adultérine ou incestueuse, ou lorsqu'un enfant a été inscrit sous un sexe qui n'est pas le sien (Avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI) ; 2° lorsqu'elle intéresse une famille indigente (loi du 25 mars 1817, art. 75 ; loi des 18-27 nov. et 10 déc. 1850, art. 3) ; 3° lorsque la déclaration prescrite par la loi des 1er juin, 2 et 10 juillet 1850, *relative à la publicité des contrats de mariage* (voy., ci-dessous, n° 592) a été omise ou est erronée. Comp. Val., *Cours de C. civ.*, p. 123 et 124.

qu'il est. Que si elles réclament, elles doivent alors s'adresser à la justice. Le tribunal saisi de leur demande (voy. la *Form.* 37) peut, s'il le juge nécessaire, et dans le cas où elles sont connues, appeler en cause celles des parties qui ne réclament point, afin que le jugement à intervenir puisse être invoqué par ou contre elles (voy. le n° 315).

Le procureur de la République n'a-t-il pas le droit de donner son avis sur la demande?

312. — Dans tous les cas, le tribunal ne peut prononcer qu'après avoir préalablement entendu les conclusions du procureur de la République. C'est une application de l'article 83 du Code de procédure : toutes *les demandes qui intéressent l'état des personnes doivent être communiquées au ministère public.* Ainsi, le procureur de la République, qui n'a point qualité pour requérir la rectification, a le droit et le devoir d'appuyer ou de combattre la demande, suivant qu'elle lui paraît juste ou mal fondée.

313. — Le Code civil ne détermine ni quel est le tribunal compétent pour connaître d'une demande en rectification, ni quelle est la procédure à suivre pour la former. Ce double point est réglé par les articles 855 et suivants du Code de procédure (1).

314. — En résumé, 1° la rectification des actes de l'état civil ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement ; ce jugement est toujours susceptible d'appel (voy. le n° 259).

2° Les tribunaux ne peuvent point l'ordonner d'office.

3° Le procureur de la République n'a pas le droit de la requérir ; mais il doit être entendu en ses conclusions.

4° Les parties intéressées ont seules le droit de la demander ; le tribunal auquel elles s'adressent peut, lorsqu'il y a lieu, appeler en cause celles des parties qui ne réclament point.

Art. 100.

A quelles personnes le jugement de rectification peut-il être opposé?

315. — III. A QUELLES PERSONNES LA RECTIFICATION PEUT ÊTRE OPPOSÉE. — La loi, dans un intérêt d'ordre public bien entendu et afin de mettre un terme aux procès, tient pour conforme à la vérité tout ce qui a été décidé par un tribunal : *Res judicata pro veritate habetur.* Mais cette présomption n'est pas absolue : elle n'existe qu'entre les personnes qui, ayant été parties au procès ou y ayant été appelées, ont pu fournir leurs moyens à l'appui de leur prétention. La question, jugée entre elles, demeure donc entière à l'égard des personnes qui, restées étrangères au procès, n'ont pas été entendues. De là la règle : *Res inter alios judicata alteri neque nocere neque prodesse potest.* En d'autres termes, les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties, leurs héritiers ou ayant-

(1) Art. 855. « Celui qui voudra faire ordonner la rectification d'un acte de « l'état civil, présentera requête au président du tribunal de première in- « stance. »

Art. 856. « Il y sera statué sur rapport et sur les conclusions du ministère « public. Les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties « intéressées seront appelées, et que le conseil de famille sera préalablement « convoqué. S'il y a lieu d'appeler les parties intéressées, la demande sera « formée par *exploit*, sans préliminaire de conciliation. — Elle le sera par « *acte d'avoué*, si les parties sont en instance. »

cause; on ne les oppose pas *aux tiers* (voy. l'explic. de l'art. 1351).

La loi fait ici l'application de ce principe aux jugements rectificatifs des actes de l'état civil. Le jugement de rectification, est-il dit dans l'article 100, ne peut, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'ont point requis et qui n'y ont point été appelées (1).

Cette règle n'amène-t-elle pas quelquefois des résultats bizarres ?

Cette règle amène quelquefois des résultats bizarres. Paul est mort laissant deux fils légitimes, *Primus* et *Secundus*. *Primus* étant absent, *Secundus* recueille la succession paternelle. *Tertius*, inscrit dans son acte de naissance comme né de père et mère inconnus, prétend qu'il est l'enfant légitime de Paul ; un procès s'engage sur ce point entre lui et *Secundus*, qui est nanti de la succession. *Tertius* triomphe : le tribunal saisi de sa demande a reconnu sa filiation légitime et ordonné la rectification de son acte de naissance.

Ainsi, *Tertius*, dans ses rapports avec *Secundus*, est réputé être enfant légitime de Paul, et il obtient, en conséquence, la *moitié* de sa succession.

Ainsi, ne peut-il pas arriver que la même personne ait deux états contradictoires, et, par exemple, qu'elle soit enfant légitime et bâtard ?

Mais *Primus*, qui était absent et qui n'a pas été appelé au procès, revient et demande sa part de la succession. Il prétend qu'il a droit à la moitié, parce que, affirme-t-il, *Tertius* n'est qu'un bâtard. Un second procès s'engage donc sur ce point entre *Primus* et *Tertius*; *Primus*, plus heureux ou plus habile que *Secundus*, triomphe : qu'en résulte-t-il ? que *Tertius*, qui est réputé être, dans ses rapports avec *Secundus*, enfant légitime de Paul, est réputé n'être qu'un bâtard dans ses rapports avec *Primus*.

En conséquence, si nous supposons la succession de 12,000 francs, *Primus*, n'ayant qu'un frère légitime, prend la moitié, ou 6,000 francs; *Secundus*, qui en a deux, prend un tiers, ou 4,000 francs; le surplus, c'est-à-dire un sixième, ou 2,000 francs, reste à *Tertius* (2).

Art. 101.
Comment effectue-t-on la rectification ordonnée par le jugement ?
Lacère-t-on, rature-t-on l'acte rectifié
Pourquoi le laisse-t-on subsister dans sa teneur primitive ?

316. — IV. Comment on effectue la rectification ordonnée par le jugement. — L'acte de l'état civil rectifié doit rester dans sa teneur primitive. Il n'est point permis de le lacérer ou de le raturer, et cela pour deux raisons : 1° la rectification peut être mal faite, ce qui amènerait peut-être des réclamations nouvelles; 2° la rectification n'étant point opposable aux parties intéressées qui n'ont pas été appelées en cause, il importe de laisser intact le texte de l'acte qui, à leur égard, conserve toute sa force primitive (voy. le n° 315).

— L'officier de l'état civil auquel on présente un jugement rectificatif d'un acte de l'état civil, doit donc se borner à l'inscrire de suite, et dans son contenu, sur son registre courant. Après

(1) L'art. 5 de la loi du 12 février 1872 se réfère à cette disposition (voy., ci-dessus, n° 271).

(2) Voy. M. Demol., *De la paternité et de la filiation*, n° 309.

quoi, il fait mention, en marge de l'acte rectifié : 1° de la date du jugement rectificatif; 2° de l'objet sommaire de la rectification, afin que ceux qui consultent l'acte dont il s'agit, sachent en même temps la rectification qu'il a subie et, par suite, la modification apportée dans l'état civil de la personne qu'il concerne (voy. les *Form.* 38 et 39). — La même inscription et la même mention doivent être également faites sur le registre déposé au greffe du tribunal, conformément à l'article 49 (1).

Les extraits de l'acte rectifié ne peuvent plus être délivrés qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages et intérêts contre l'officier de l'état civil qui contrevient à cette obligation (art. 857, C. pr.).

TITRE TROISIÈME

DU DOMICILE

§ I. *Généralités.*

Le domicile n'avait-il pas autrefois une très grande importance?

317. — I. De l'importance ou des effets du domicile. — Lorsque la France était divisée en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, que les pays de droit coutumier étaient régis par soixante coutumes générales, et plus de trois cents coutumes spéciales (voy. nos 21 et 22), rien n'était plus important que la détermination exacte du domicile des personnes : car, suivant qu'on était domicilié dans telle ou telle province, dans telle ou telle localité, on était soumis à telle ou telle législation particulière. Ainsi, s'agissait-il de déterminer l'époque de la majorité, les droits de primogéniture, de succession, les principes de la tutelle ou de la curatelle... il fallait avant tout connaître le domicile des parties, afin de savoir à quelle loi, à quelle coutume, elles étaient soumises.

Aujourd'hui que la législation est uniforme dans toute la France, le domicile a beaucoup perdu de son importance. Cependant il produit encore des effets importants. Signalons-les :

Quels effets produit-il aujourd'hui? En autres termes, quel intérêt y a-t-il à connaître le domicile d'une personne?

1° *Il supplée la personne quant aux notifications d'actes qui doivent lui être faites.* — Ainsi, par exemple, lorsque je vous assigne en paiement d'une somme, l'acte ou l'exploit par lequel je vous appelle en justice peut vous être signifié, soit à vous-même en quelque lieu que l'huissier vous rencontre, soit à votre *domicile,* alors même que vous n'y êtes pas. La copie de l'exploit est alors laissée

(1) Joignez l'avis du Conseil d'État, du 4 mars 1808.

à l'un de vos parents ou serviteurs, auquel la loi confie le soin de vous la remettre; à défaut de parents ou de serviteurs, elle est laissée à un voisin; à défaut du voisin, au maire de la commune (art. 68, C. pr.).

2° *Il détermine* EN MATIÈRE MOBILIÈRE *et* EN MATIÈRE PERSONNELLE *la compétence du tribunal.* — Lorsqu'un procès s'engage, il importe de savoir devant quel tribunal il doit être porté. Le droit contesté est-il *réel* et *immobilier;* s'agit-il d'un droit de propriété, d'usufruit ou de servitude sur un immeuble : la connaissance de ce différend appartient au tribunal dans le ressort duquel se trouve situé l'immeuble litigieux. Le droit contesté est-il *personnel;* s'agit-il d'une obligation, dont l'une des parties demande l'exécution, tandis que l'autre en nie l'existence : l'affaire doit être portée devant le tribunal du *domicile* du défendeur : *Actor sequitur forum rei.* Le même tribunal connaît, en outre, de toutes les actions *mobilières,* réelles ou personnelles (voy. art. 59, C. pr.).

3° *Le lieu où le mariage doit être célébré.* — Du reste, le domicile, quant au mariage, est régi par une règle toute spéciale (voy. l'explic. des art. 74, 165 et 166).

Art. 110.

Que veut-on dire lorsqu'on dit que la succession d'une personne décédée s'ouvre là où elle avait son domicile?

4° *Le lieu où s'ouvre la succession d'une personne décédée.* — Une personne *domiciliée* à Paris meurt à Marseille où elle *réside;* sa succession est ouverte à Paris. C'est donc à Paris et au domicile du défunt que devront être faites les notifications des actes qu'il convient de porter à la connaissance des héritiers (voy. art. 447, C. pr.). C'est là, c'est-à-dire devant le tribunal de la Seine, que devront être formées : 1° la demande en partage; 2° la demande des créanciers du défunt qui veulent être payés avant le partage; 3° la demande en délivrance des legs, tant que le partage n'est pas consommé. Après le partage, on rentre dans le droit commun : chaque héritier, actionné par un créancier ou par un légataire, doit l'être devant le tribunal de son propre domicile (voy. l'explic. de l'art. 822).

Ainsi, jusqu'au partage, c'est le tribunal du domicile du défunt qui est compétent pour toutes les affaires concernant sa succession. Ce tribunal, mieux que tout autre, peut les juger en parfaite connaissance de cause, rapidement et avec économie : car c'est au domicile du défunt que se trouvent, le plus habituellement, la masse des biens à partager, les papiers à consulter, les documents à recueillir; c'est là que se réunissent les héritiers, là qu'on est sûr de les trouver, tandis que leur propre domicile est peut-être ignoré. Si, d'ailleurs, les créanciers et les légataires étaient obligés d'agir contre chacun d'eux isolément et à son propre domicile, il faudrait alors autant de poursuites que d'héritiers; de là des lenteurs et surtout des frais considérables, double inconvénient qu'on évite en centralisant toutes les poursuites devant le même tribunal.

5° *Le lieu où doit être convoqué le conseil de famille appelé à*

nommer un tuteur ou à prendre part aux opérations de la tutelle (art. 406).

6° *Le lieu où doit être formé le contrat d'adoption* (art. 353).

Le domicile n'est-il pas quelquefois attributif d'un droit?

7° *Le domicile est, dans certains cas, attributif de droit.* – C'est ainsi, par exemple, que les personnes qui ont un domicile réel et fixe dans une commune, prennent part au partage *des bois d'affouage* (bois communaux qui se distribuent en nature aux chefs de famille domiciliés dans la commune) (art. 105, C. for.).

8° La fixation du domicile présente encore de l'intérêt, dans les hypothèses prévues par les articles 60, 66, 95, 115, 176, 363, 1247, 2018.

Art. 102.

Qu'est-ce que le *domicile?*

318. — II. Définition du domicile et de la résidence. — Le mot *domicile* vient de *domus,* maison, et de *colere,* habiter. Dominés par cette étymologie, nos anciens auteurs le définissaient : « *le lieu* où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires, où elle a ses papiers, qu'elle ne quitte que pour quelque cause particulière, d'où, quand elle est absente, on dit qu'elle voyage, et où, quand elle revient, on dit qu'elle est de retour. »

Le projet du Code reproduisait cette définition, en ces termes: Le domicile est *le lieu* où une personne a son principal établissement.

Cette rédaction a été abandonnée et remplacée par celle-ci : Le domicile est *au lieu* où une personne a son principal établissement.

Dans le premier système, le domicile est le lieu où l'on a sa principale habitation, la maison même où l'on a établi le siège de ses affaires, sa demeure habituelle. Dans le second, la loi nous dit bien que le domicile est au lieu où l'on a son principal établissement, mais elle ne le définit point; elle indique le lieu où il est, mais elle ne dit point ce que c'est. Toutefois, il est certain qu'elle ne le considère plus comme une *réalité matérielle;* qu'à ses yeux ce n'est plus, comme autrefois, la maison *même* où l'on a fixé sa principale demeure. L'idée matérielle est remplacée par une idée juridique : le domicile est devenu une abstraction, un pur effet de droit. Partant de là, la plupart des auteurs le définissent : *Une relation légale et purement intellectuelle entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement* (1).

Une personne, a-t-on dit, peut être en relation : 1° avec *une chose :* cette relation constitue le droit de propriété; 2° avec *une autre personne :* cette relation constitue le droit de famille, et, dans certains cas, le droit de créance, c'est-à-dire le droit d'exiger un avantage pécuniaire; 3° avec *un lieu :* cette relation constitue *le domicile.* Mais, de même qu'on désigne souvent le droit de pro-

(1) Dem., t. I, p. 197; Dur., t. I, n° 351; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 3; Val., *sur Proud.,* t. I, p. 236; *Explic. somm.*, p. 54; MM. Aubry et Rau, t. I, § 141, p. 575.

priété par la chose même qui en est l'objet (on dit, en effet, cette chose est à moi, c'est ma chose, pour : j'ai un droit de propriété sur cette chose), souvent aussi dans la pratique, et quelquefois dans la loi, le lieu où est le domicile est pris pour le domicile même.

Ainsi, *scientifiquement,* le domicile est la relation légale entre une personne et le lieu, la maison, où elle a fixé sa principale demeure, le siège de ses affaires. *Pratiquement,* c'est le lieu même, la maison avec laquelle on est en relation.

M. Ortolan (*Instit. expliq.*, *Généralisat. du dr. rom.*, n° 80) admet que le domicile n'est pas *le lieu* où l'on a son principal établissement; mais il critique la définition abstraite qui en a été donnée. « Qu'on essaye, dit-il, de la mettre à la place du mot défini, on verra quelle étrange cacophonie il en résultera : faire un commandement *à domicile,* ce sera faire un commandement à *relation légale;* disparaître de *son domicile,* ce sera disparaître *de sa relation légale...*

« Cette définition n'apprend rien, d'ailleurs. Le domicile est une relation... ; mais qu'est-ce que c'est que cette relation? en quoi consiste-t-elle? C'est ce qu'on ne dit pas. »

Pour M. Ortolan, le domicile est : « Le siège légal d'une personne, siège où elle est censée être, aux yeux du droit et pour l'application du droit, soit que corporellement elle s'y trouve, soit qu'elle ne s'y trouve pas; en d'autres termes, c'est la demeure qu'une personne est toujours censée avoir, aux yeux de la loi, pour l'exercice de certains droits. »

Dans ce système, le domicile peut être défini : *le lieu où la personne est toujours présumée présente par elle-même ou par un mandataire qui la remplace.* Ce lieu est celui où elle a son principal établissement.

Comme toute présomption légale, celle-ci peut être contraire à la vérité : car la personne peut, en fait, n'être pas présente au lieu où elle a son principal établissement. Mais alors elle est coupable : quand elle s'absente, elle doit charger quelqu'un de la représenter, de recevoir pour elle les notifications qui lui seront faites. Les tiers qui ont des rapports de droit avec elle ne doivent pas souffrir de sa négligence.

Que faut-il entendre par *établissement?* Quand l'établissement est-il *principal?*

319. — Le domicile disons-nous, est le lieu où la personne a son *principal établissement.* Le mot *établissement* n'a point ici de sens précis et rigoureusement déterminé. Ainsi, un enfant en bas âge a un domicile, bien qu'il n'ait point d'établissement, dans le sens propre de ce mot. L'établissement dont il est ici question consiste dans l'intérêt, de quelque nature qu'il soit, intérêt de famille, de propriété, de fonctions, qui attache une personne à un certain lieu. Cet intérêt (l'établissement) est *principal,* lorsqu'il est tel qu'il nous attache à un lieu de préférence à tout autre.

Quel est le sens de ces mots : *quant à l'exercice des droits ci-*

320. — Notre article porte que le domicile, *quant à l'exercice des droits civils,* est au lieu où... Ces expressions *quant à l'exercice*

vils? Est-ce qu'on ne peut exercer ses droits civils que là où l'on est domicilié?

des droits civils, n'ont pas le sens qu'elles semblent avoir. Elles ne signifient point qu'on ne peut exercer ses droits civils que là où l'on est domicilié : car la plupart des droits de cette nature sont indépendants du domicile. Ainsi, on peut partout, en quelque lieu que ce soit, acheter et vendre, faire ou recevoir des donations, tester, etc. Les droits civils dont l'exercice ne peut avoir lieu qu'au domicile sont peu nombreux; je les ai signalés sous le n° 317.

En employant les expressions *quant à l'exercice des droits civils,* les rédacteurs du Code n'ont eu qu'un but : ils ont voulu montrer qu'ils n'entendaient s'occuper du domicile que sous le rapport des droits civils, afin de laisser aux lois spéciales le règlement du *domicile politique.* — Ces deux domiciles sont le plus souvent dans le même lieu; mais ils peuvent être séparés.

321. — Le *domicile* ne doit pas être confondu avec la *résidence.* L'un est un *droit,* l'autre est un *fait.*

Qu'est-ce que la *résidence?*

Quelles différences y a-t-il entre la *résidence* et le *domicile ?*

Peut-on avoir son domicile dans un lieu où l'on n'est jamais allé, qu'on ne connaît pas?

Peut-il se faire qu'on ne soit point domicilié dans un lieu où l'on a une résidence de dix, quinze... ans?

La *résidence,* dans un sens propre et rigoureux, est au lieu où l'on se trouve actuellement; elle s'acquiert par l'habitation et se perd avec elle. Je réside là où je suis et tant que j'y suis.

Le *domicile,* au contraire, est indépendant de l'habitation; on ne l'acquiert point, on ne le perd point nécessairement avec elle. Ainsi, on peut être domicilié dans un lieu *où l'on n'a jamais résidé, qu'on ne connaît pas.* Une jeune fille épouse à Marseille, où elle est domiciliée, un jeune homme qui a son domicile à Paris : dès que le mariage est célébré, cette jeune fille, devenue femme, a son domicile chez son mari, et, par conséquent, à Paris (art. 108), où peut-être elle n'est jamais venue. Il est possible, à l'inverse, qu'on ne soit pas domicilié dans le lieu où l'on a eu sa résidence pendant dix, quinze ans, pendant toute sa vie peut-être. Une femme mariée domiciliée à Marseille accouche à Paris, où elle laisse son enfant; cet enfant, aujourd'hui âgé de vingt ans, a toujours habité Paris, chez la personne à laquelle il a été confié : il a son domicile là où il n'a jamais résidé, chez son père, à Marseille, et sa résidence à Paris, où il n'est point domicilié (art. 108).

La résidence se perd-elle par une cessation momentanée d'habitation?

Ne tient-elle pas quelquefois lieu du domicile?

322. — Je viens de dire que la résidence se perd dès qu'on cesse d'habiter là où l'on réside ; cela n'est vrai toutefois qu'en prenant le mot *résidence* dans son sens rigoureux. Que si, au contraire, on l'apprécie *juridiquement,* quant aux effets civils que la loi y attache (elle tient lieu du domicile lorsqu'il est inconnu. — Voy. le n° 339), alors elle n'est plus si étroitement subordonnée au fait de l'habitation : une absence de quelques jours, un voyage, ne la fait pas perdre, s'il est démontré d'ailleurs que l'absent ne l'a quittée qu'accidentellement et avec l'intention de la reprendre bientôt.

Combien distingue-t-on d'espèces de domicile?

323. — III. Des différentes espèces de domicile. — Le domicile est *réel* ou *d'élection.*

Le premier est *général;* le second est *spécial,* choisi pour une affaire particulière (art. 111). Personne ne peut avoir plus d'un domicile *réel;* on peut, au contraire, avoir autant qu'on veut de do-

miciles *d'élection*. C'est un point que je démontrerai bientôt. — Le domicile réel se subdivise en domicile *d'origine* et domicile *acquis*.

Le domicile acquis se subdivise, à son tour, en domicile *volontairement acquis* et domicile *établi par la loi*.

§ II. *Du domicile* RÉEL *et* GÉNÉRAL.

Art. 108, 2e alinéa.

Toute personne n'a-t-elle pas un domicile d'origine ?

Où sont domiciliés les enfants légitimes non émancipés ?

Les enfants naturels ?

324. — I. DOMICILE D'ORIGINE. — Toute personne reçoit, à sa naissance, un domicile.

L'enfant légitime a son domicile chez son père, et, à défaut du père, chez sa mère.

L'enfant naturel a le sien chez le père ou la mère qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par l'un et par l'autre, on décide généralement qu'il est domicilié chez son père, dont il porte le nom et sous l'autorité duquel il est placé (1). Toutefois, Demante pense qu'il n'y a pas de raison pour lui attribuer le domicile du père plutôt que celui de la mère. « On lui donnera, dit-il, le domicile que les circonstances indiqueront, et ce devra être évidemment celui de la mère, s'il habite avec elle, tandis qu'il n'a que de très rares rapports avec son père » (2).

— S'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, il a son domicile dans l'hospice où il a été placé, ou chez son tuteur, si on lui en a donné un. S'il a été recueilli par une personne qui en prend soin et avec laquelle il habite, il est alors domicilié chez elle, car c'est là qu'il a son principal établissement.

Art. 103 à 105.

L'émancipation fait-elle perdre le domicile d'origine ?

325. — II. DU DOMICILE ACQUIS, C'EST-A-DIRE DU DOMICILE CHOISI VOLONTAIREMENT ; — *En d'autres termes,* DU CHANGEMENT DE DOMICILE. — L'enfant qui n'est pas encore majeur, ou au moins émancipé, conserve, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, le domicile que la loi lui a donné, son domicile d'origine, ou plutôt le domicile de son père ou de sa mère, car le domicile qu'il a reçu à sa naissance subit toutes les variations qu'éprouve celui de son père ou de sa mère.

Quelles personnes peuvent changer de domicile ?

Lorsqu'il est majeur ou émancipé, sa majorité ou son émancipation ne lui fait pas perdre sans doute son domicile d'origine; mais il n'est plus, comme par le passé, obligé de le conserver : la loi lui permet de le changer au gré de son intérêt ou de son caprice, et de le transporter où bon lui semble.

A quelles conditions s'opère le changement de domicile ?

Ce changement de domicile, il ne peut l'opérer que par le fait d'une *habitation réelle* dans un autre lieu, joint à *l'intention* d'y fixer son principal établissement.

(1) Voy. notamment M. Laurent, t. II, n° 88.
(2) *Cours analyt.*, t. I, p. 205.

Ainsi, deux conditions sont exigées : 1° habitation réelle effectuée dans un autre lieu que celui où l'on a son domicile actuel; 2° intention de fixer dans ce nouveau lieu son principal établissement.

Le fait de l'habitation dans un autre lieu est toujours facile à vérifier.

Mais comment l'*intention* d'y fixer son principal établissement se reconnaîtra-t-elle ?

Comment reconnaît-on l'intention de fixer dans un autre lieu son principal établissement

Si la personne qui se propose de changer de domicile veut ne laisser aucune incertitude sur son intention et avoir un domicile notoire, certain, la loi en fournit le moyen : qu'elle déclare expressément l'intention où elle est de changer de domicile, d'une part, à la mairie du lieu qu'elle quitte, d'autre part, à la mairie du lieu où elle veut s'établir (voy. la *Form.* 44). Cette double déclaration fait preuve complète de son intention.

La déclaration, faite à l'une des mairies seulement, ne suffirait point. Elle indiquerait, en effet, plutôt le *projet* que l'intention bien arrêtée d'un changement de domicile; le défaut de déclaration dans l'une des mairies pourrait, d'ailleurs, induire en erreur les tiers qui chercheraient dans celle-là leurs renseignements.

Comment, à défaut de cette double déclaration, peut-on découvrir cette intention ?

A défaut de cette double déclaration, la preuve de l'intention résultera des circonstances. Mais quelles sont les circonstances d'où on pourra l'induire ? La loi n'en indique particulièrement aucune; elle les abandonne toutes à la sagacité et à l'appréciation des juges.

Parmi les circonstances propres à la manifestation de l'intention de changer son domicile, on cite particulièrement les suivantes :

1° La personne a, dans la localité nouvelle où elle habite, participé aux avantages que la loi attache au domicile, par exemple, à la distribution des bois d'affouage (voy. le n° 313-7°).

2° Elle y a, sans contestation, payé sa contribution personnelle, laquelle n'est due que dans la commune du domicile réel;

3° Elle a comparu, en matière personnelle ou mobilière, devant le tribunal du lieu où elle habite actuellement, sans demander son renvoi devant le tribunal du lieu de son ancien domicile;

4° Elle a vendu tous les biens qu'elle avait à son ancienne habitation, et elle en a acquis au lieu de son habitation nouvelle; toute sa famille l'y a suivie.

326. — Le *concours* de ces deux conditions, le *fait* de l'habitation réelle dans un autre lieu, joint à *l'intention* de s'y fixer, est indispensable pour opérer le changement de domicile. Ainsi :

La simple translation de résidence, lorsqu'elle est prolongée, suffit-elle pour opérer un changement de domicile ?

1° La simple translation de résidence, si prolongée qu'elle soit, ne suffit point. Un avocat, domicilié à Versailles, est nommé procureur de la République à Paris. Il se fixe là où il est appelé à exercer ses fonctions; il s'y loge, il y vit, il y demeure habituellement. Mais il a laissé sa femme, ses enfants, sa famille, ses propriétés, ses capitaux, à Versailles, où il va autant de fois que ses fonctions le lui permettent : son habitation à Paris, eût-elle duré

dix, quinze ou vingt ans, n'est qu'une ***résidence!*** Ce n'est pas là, en effet, qu'il a son principal établissement. C'est à Versailles qu'il a ses affections, ses intérêts; c'est là qu'il est domicilié.

2° L'intention de fixer son principal établissement dans un lieu nouveau, mais où l'on n'habite point, reste également sans effet, si évidente qu'elle soit. Paul a déclaré à la mairie de Marseille, où il est domicilié, l'intention de transporter son domicile à Paris; il a fait faire à l'une des mairies de Paris, par le ministère d'un mandataire, la même déclaration; ses meubles sont déjà arrivés à Paris, où il a même fait des acquisitions; il part pour s'y rendre, mais il meurt en route : le transfert de son domicile n'a pas eu lieu! il est mort domicilié à Marseille; c'est là que s'est ouverte sa succession.

L'intention sans la translation de résidence suffit-elle?

Mais, dès que la prise de possession a eu lieu, aussitôt que la personne est définitivement fixée dans sa nouvelle habitation, si courte qu'elle soit, n'eût-elle duré qu'un jour, la translation du domicile a lieu immédiatement : le Code n'a pas, en effet, reproduit l'article 173 de la coutume de Paris, qui exigeait que l'habitation nouvelle eût au moins duré un an et un jour.

327. — En résumé, le domicile est indépendant de la résidence; on le conserve par la seule intention. Deux conditions sont nécessaires pour le déplacer : 1° l'habitation réelle dans un autre lieu; 2° l'intention d'y fixer son principal établissement. L'habitation sans intention, ou l'intention sans l'habitation, n'opère point la translation du domicile.

328. — III. Du DOMICILE ÉTABLI PAR LA LOI. — La loi fixe elle-même le domicile de certaines personnes. Ainsi : Art. 106 et 107.

329. — 1° *Les fonctionnaires* nommés A VIE *et* NON RÉVOCABLES, *ont leur domicile dans le lieu de l'exercice de leurs fonctions.* — Les fonctions organisées par notre droit public peuvent être :

Quelles sont les personnes dont la loi fixe elle-même le domicile?
L'acceptation d'une fonction emporte-t-elle par elle-même et de plein droit la translation du domicile?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire des distinctions?

Temporaires, c'est-à-dire conférées pour un temps limité, à partir duquel elles cessent de plein droit : telle est, par exemple, la fonction de conseiller général.

Perpétuelles, c'est-à-dire sans terme limité, à partir duquel elles cessent de plein droit : telles sont les fonctions de juge, de procureur de la République.

Révocables, ou sujettes à destitution par le gouvernement, comme les fonctions de procureur de la République, de juge de paix.

Irrévocables, ou inamovibles, comme les fonctions de député, de juge dans un tribunal de première instance, ou de conseiller dans une Cour d'appel.

— Une fonction peut être :

Tout à la fois *temporaire* et *irrévocable,* comme la fonction de député;

Ou *perpétuelle* et *révocable,* comme la fonction de juge de paix, de procureur de la République;

Ou, enfin, *perpétuelle* et *irrévocable,* comme la fonction de

La même fonction ne peut-elle pas être tout à la fois temporaire et irrévocable?
Perpétuelle et révocable?
Perpétuelle et irrévocable?

Qu'est-ce qu'une fonction *à vie?*

juge dans un tribunal de première instance, de conseiller dans une Cour d'appel. On l'appelle alors *fonction à vie.*

330. — L'acceptation d'une fonction publique n'emporte pas toujours translation de domicile dans le lieu où la personne qui en est investie est appelée à l'exercer. La loi fait à cet égard une distinction:

Quelle est celle de ces fonctions dont l'acceptation emporte de plein droit la translation du domicile?

L'acceptation d'une fonction ***temporaire*** quoique ***irrévocable,*** comme la fonction de député, ou d'une fonction *révocable* quoique *perpétuelle,* comme la fonction de juge de paix, de procureur de la République, n'emporte point de plein droit et par elle-même translation de domicile. Le fonctionnaire qui l'accepte conserve donc son ancien domicile; à moins pourtant que d'autres circonstances, jointes à celle de l'acceptation de la fonction dont il a été investi, n'établissent clairement qu'il a eu l'intention d'avoir son principal établissement dans le lieu même où il doit remplir son devoir de fonctionnaire. Ainsi, un avocat domicilié à Marseille est nommé procureur de la République à Paris; il aliène à Marseille toutes ses propriétés, et vient à Paris, où il fait des acquisitions nouvelles; sa femme, ses enfants, l'y ont suivi : ces circonstances, et d'autres que je néglige, prouvent suffisamment l'intention où il est de changer de domicile; c'est à Paris qu'est réellement son principal établissement, c'est là qu'il a son domicile (1). Mais il n'y est pas enchaîné; il peut, s'il le juge à propos, le transporter dans un autre lieu, conformément à l'article 103.

L'acceptation d'une fonction *à vie,* c'est-à-dire *perpétuelle* et *irrévocable,* emporte, au contraire, de plein droit translation de domicile. Le devoir du fonctionnaire *à vie* exigeant sa perpétuelle résidence dans le lieu où ses fonctions l'appellent, la loi présume que son intention est de s'y fixer, d'y avoir son principal établissement, et, par conséquent, son domicile. Cette présomption ne peut être effacée par aucune circonstance, ni même détruite par aucune déclaration expresse de volonté contraire. Ainsi le fonctionnaire à vie, tant qu'il conserve ce titre, ne peut pas avoir un domicile ailleurs que dans le lieu où il exerce ses fonctions.

Le fonctionnaire à vie peut-il avoir son domicile ailleurs que dans le lieu où il exerce ses fonctions?

A quel moment s'opère le transport du domicile par l'acceptation d'une fonction à vie?

331. — Le transport du domicile par *l'acceptation* d'une fonction à vie a lieu *instantanément,* avant même que le fonctionnaire soit arrivé dans le lieu où ses fonctions l'appellent. Un juge du tribunal de Marseille est nommé juge à Paris; il accepte et se met en route; mais la mort le surprend et l'empêche d'arriver: sa succession est ouverte à Paris, conformément à l'article 110.

Quel est le moment précis de l'acceptation?

Mais quel est le moment précis de l'acceptation et, par suite, du changement de domicile? Ce moment est, en général, déterminé par la prestation de serment. Que si le fonctionnaire n'a pas de

(1) Les juges du fait apprécient souverainement les circonstances. Voy. M. Demol., t. I, n° 366; Val., *Cours de C. civ.*, p. 132. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation, du 28 mai 1872 (Sir., 73, 1, 149).

serment à prêter, la question de savoir par quel acte et à quel moment s'accomplit l'acceptation de la fonction est laissée à l'appréciation des tribunaux.

332. — 2° *La femme a son domicile chez son mari.* — Elle l'acquiert par le seul fait de son mariage, et dès l'instant même de sa célébration. Peu importe qu'elle le veuille ou qu'elle ne le veuille pas. Qu'elle habite ou qu'elle n'habite point avec son mari, peu importe encore : l'état de subordination dans lequel elle est vis-à-vis de lui ne lui permet pas d'avoir un domicile séparé du sien. Elle ne le peut pas même avec son autorisation formelle : l'autorisation qu'il donnerait à cet effet serait une atteinte à sa puissance maritale, à laquelle il ne peut pas renoncer et qu'il ne peut compromettre par aucune concession.

Art. 108.

Où la femme mariée est-elle domiciliée

Peut-elle avoir un domicile séparé de celui de son mari ?

Quid, si son mari y consent ?

« La femme, disait M. Mouricault, dans son rapport au Tribunat, la femme que le devoir tient auprès de son mari, qui n'en peut être légitimement éloignée que par LA SÉPARATION DE CORPS, le *divorce* ou la mort, qui peut être forcée de retourner à lui quand elle le délaisse, qui ne peut, en conséquence, avoir de résidence distincte que par l'effet d'un délit de sa part, ou d'une tolérance momentanée de la part de son mari, n'a pas d'autre domicile légal que le domicile de son mari » (1).

Pourquoi ne peut-elle point avoir un domicile séparé de celui de son mari ?

Ce passage est fort important. Il met en relief le motif et la véritable pensée de la loi : la femme a son domicile chez son mari, *parce qu'elle est obligée d'habiter avec lui,* parce qu'il ne lui est pas permis d'avoir une résidence particulière et indépendante (art. 214). Cette communauté d'habitation a naturellement amené la communauté de domicile.

Le but et l'effet principal de la séparation de corps sont précisément de briser la communauté d'habitation : la femme séparée de corps est libre d'aller et de résider où bon lui semble ; or, *cessante causa, cessat effectus :* donc la femme qui a obtenu la séparation de corps, ou contre laquelle elle a été prononcée, peut avoir un domicile autre que celui de son mari. Cette solution était admise dans l'ancien droit, et le passage que je viens d'emprunter aux travaux préparatoires du Code fait bien voir qu'on ne s'en est point écarté (2).

Quid, pourtant, si elle est séparée de corps ?

Ainsi, la femme, dès l'instant de la célébration de son mariage, reçoit le domicile de son mari ; il ne lui est pas permis d'en avoir un autre, à moins qu'elle ne soit séparée de corps.

333. — Nous trouverons tout à l'heure un cas où le mari a son domicile chez sa femme (voy. le n° 336).

334. — 3° *Le mineur* QUI EST EN TUTELLE *a son domicile chez son*

Où est domicilié le mineur qui est en tutelle ?

(1) Fenet, t. VIII, p. 357.

(2) MM. Proud .et Val., t. I, p. 44 ; *Explic. somm.*, p. 62 ; *Cours de C. civ.*, p. 134 et suiv. ; Dur., t. I, n° 365 ; Dem., t. I, n° 132 *bis*, I ; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 3 ; Aubry et Rau, t. I, § 143, note 5 ; Demol., t. I, n° 358 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 174 ; Laurent, t. II, n° 85.

Quid, si, étant sous la tutelle d'un étranger, il a encore son père ou sa mère ?

tuteur. — Et il en est ainsi, alors même que le mineur a encore son père ou sa mère. Lorsque, la mère étant décédée, le père se fait excuser de la tutelle ou qu'il en est exclu, lorsque la mère, devenue veuve, la refuse (voy. l'art. 394), le père ou la mère survivante conserve la puissance paternelle, tandis que la tutelle est confiée à un étranger : dans ce cas, le mineur a son domicile, non pas chez son père ou sa mère, mais chez son tuteur. L'esprit de la loi est que les incapables aient leur domicile chez la personne qui, ayant le gouvernement de leur fortune et la direction de leurs affaires, les représente dans tous les actes de la vie civile.

Où est domicilié le mineur émancipé ?

— La loi confie au mineur émancipé le gouvernement de sa personne et l'administration de ses biens; par cela même, elle lui donne la faculté de fixer son domicile où il juge convenable de l'établir. L'article 2 du Code de commerce ne laisse aucun doute à cet égard (1). — Il est bien entendu, au reste, qu'il conserve son domicile d'origine, tant qu'il n'en a pas acquis un nouveau (voy. les n°s 325 et 326).

Quel est le domicile de l'interdit ?

335. — 4° *L'interdit, de même que le mineur non émancipé, a son domicile chez son tuteur.* — Lorsqu'une femme est interdite, son mari est de plein droit son tuteur (art. 506) : c'est donc chez lui qu'elle est domiciliée.

La femme mariée interdite qui n'a point son mari pour tuteur est-elle domiciliée chez lui ou chez son tuteur ?

Que si son mari s'est fait excuser de la tutelle, s'il en est exclu ou destitué, la femme alors conserve chez lui sa *résidence,* mais c'est chez son tuteur qu'elle a son *domicile :* car, ainsi que je l'ai dit, l'esprit de la loi est de donner à ceux qui n'ont pas l'exercice de leurs droits le domicile de la personne qui les représente dans l'administration de leurs biens.

Où est domiciliée la femme d'un interdit ? *Quid*, si c'est elle-même qui a été choisie pour tutrice ?

336. — Lorsque le mari est interdit, on peut lui donner pour tuteur un étranger ou sa femme elle-même (art. 507). Dans le premier cas, la femme, suivant le domicile de son mari, est domiciliée chez le tuteur de celui-ci (2); dans le second, le mari a son domicile chez sa femme.

Art. 109.

Où sont domiciliés les ouvriers qui travaillent chez autrui ? N'y a-t-il que les ouvriers *majeurs* qui aient leur domicile chez leur maître ? *Quid*, si l'ouvrier majeur est interdit ? *Quid*, si c'est une femme mariée ?

337. — 5° *Les* MAJEURS *qui servent ou travaillent* HABITUELLEMENT *chez autrui ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent,* LORSQU'ILS DEMEURENT AVEC ELLE DANS LA MÊME MAISON. — La loi suppose qu'ils ont l'intention de fixer chez leur maître leur principal établissement, parce que c'est chez lui qu'ils ont leur principale affaire. Cette présomption ne peut pas même être détruite par la déclaration d'une volonté contraire : ce qu'ils font l'emporte sur ce qu'ils disent.

« *Les majeurs...* » Cette expression est tout à la fois trop restreinte et trop générale. Elle est trop *restreinte :* car, les *mineurs émancipés* étant, de même que les majeurs, libres de choisir leur domicile, la même règle doit les régir. Elle est trop *générale :*

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 5.

(2) Dur., t. I, n° 371; Demol., t. I, n° 363. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, § 143, note 7.

car l'article 109, dont la disposition est fondée sur une présomption de volonté, ne régit point les majeurs incapables d'avoir une volonté, tels que les interdits et les femmes mariées. Ces personnes, alors même qu'elles habitent avec le maître au service duquel elles sont, restent domiciliées, l'interdit chez son tuteur, la femme mariée chez son mari (1).

« *Habituellement...* » Ils conservent donc leur propre domicile lorsque leur travail, au lieu d'être continu et permanent, n'a lieu qu'à certains intervalles, par exemple, à certaines saisons de l'année.

Les ouvriers majeurs, libres de leurs droits, ont-ils toujours leur domicile chez leur maître ?

« *Lorsqu'ils habitent avec elle la même maison...* » Ainsi, point de translation de domicile, lorsque les ouvriers qui travaillent habituellement chez leur maître viennent chez lui le matin et se retirent chez eux le soir.

338. — En résumé, les ouvriers ou domestiques ont leur domicile chez leur maître, lorsque ces trois conditions concourent. Il faut : 1° qu'ils soient capables de choisir leur domicile ; 2° qu'ils travaillent habituellement chez leur maître ; 3° qu'ils habitent avec lui.

A quelles conditions l'ont-ils ?

339. — QUESTIONS. — *Peut-on n'avoir pas de domicile ?*

Peut-on n'avoir pas de domicile ?

Recherchons, avant de résoudre la question, l'intérêt qui s'y rattache.

Qu'arrive-t-il lorsqu'une personne dont le domicile d'origine est inconnu n'a point acquis un domicile nouveau ?

Si nous supposons, d'une part, que le domicile d'origine d'une personne est complètement inconnu, ce qui est possible ; d'autre part, qu'elle n'a en aucun lieu fixé son principal établissement ; en d'autres termes, si nous supposons une personne qui n'a point de domicile nouveau, et dont le domicile d'origine est inconnu, *en fait,* c'est comme si elle n'en avait pas : sa résidence le remplace alors et en tient lieu. C'est à cette hypothèse que se réfère l'article 69-8° du Code de procédure.

Mais si sa résidence est elle-même inconnue ?

Que si sa *résidence* est elle-même inconnue, ceux qui la poursuivent en justice l'actionnent devant le tribunal de leur propre domicile. Les exploits d'assignation sont alors affichés à la porte principale de l'auditoire du tribunal; une seconde copie est remise au procureur de la République (même art. 69-8° C. pr. :).

Quant à sa succession, elle s'ouvre au lieu de sa résidence, si elle est connue, et, dans le cas contraire, au domicile de l'un des héritiers, au choix de celui qui l'actionne, soit en partage de la succession, soit en paiement d'une dette ou d'un legs (art. 59, 2e al., C. pr.) (2).

Ainsi, dans cette espèce, notre question ne présente aucun intérêt.

Supposons, au contraire, l'espèce suivante : Paul, qui a eu son domicile d'origine à Marseille, n'y a jamais résidé; il n'y a aucun

(1) Dem., t. I, n° 133; Demol., t. I, n° 368; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 175.

(2) M. Demol., t. I, n° 348.

bien, aucune affaire, aucun intérêt, aucun lien qui l'y appelle ou qui l'y attache; en fait, il y est complètement étranger : donc, en fait, il n'y a point son principal établissement.

Dans ce cas, si Paul n'a point adopté un nouveau domicile, s'il n'a point de principal établissement dans un autre lieu, doit-on dire que légalement, en droit, il n'a point de domicile ?

La personne qui n'a acquis aucun domicile nouveau, mais qui, *en fait*, a abandonné son domicile d'origine, lequel est connu, est-elle *légalement* réputée avoir conservé son domicile d'origine ? — Faut-il dire, au contraire, qu'elle l'a perdu en droit comme en fait et qu'ainsi elle n'en a aucun ?

N'est-ce pas là l'espèce qu'il faut faire pour comprendre l'intérêt de la question que nous avons posée plus haut : *Peut-on n'avoir pas de domicile ?*

Admet-on la négative : les exploits d'assignation peuvent lui être signifiés à Marseille, où il a son domicile d'origine ; c'est là qu'il sera valablement assigné en matière personnelle ou mobilière, là que s'ouvrira sa succession.

Tient-on pour l'affirmative : les choses se passent comme dans l'hypothèse où le domicile d'origine est inconnu.

340. — On comprend dès lors combien est grand l'intérêt de la question que nous avons posée : Une personne peut-elle n'avoir pas de domicile ?

Je n'hésite point à la résoudre négativement. L'homme, à sa naissance, reçoit un domicile que la loi lui donne. Ce domicile, on peut le perdre, sans doute ; mais on ne peut pas l'abandonner purement et simplement : on ne le perd *qu'en en acquérant un autre.* C'était l'avis de Pothier (1). Le Code s'en est-il écarté ? Rien ne nous autorise à le croire. Le texte de la loi, en parfaite harmonie avec l'idée de Pothier, justifie plutôt l'interprétation contraire : le Code règle, en effet, le *changement* de domicile ; mais il ne parle nulle part de l'*abdication* pure et simple du domicile.

Les travaux préparatoires du Code confirment notre interprétation : « L'enfant, disait M. Emmery, dans son *Exposé de motifs* au Corps législatif, n'a d'autre domicile que celui de son père ; le *vieillard,* après avoir vécu loin de la maison paternelle, *y conserve encore son domicile, s'il n'a pas manifesté l'intention* D'EN PRENDRE UN AUTRE » (2).

La position d'une personne qui n'aurait point de domicile serait antisociale et contraire à l'ordre public : la loi n'a pas dû la tolérer. Nous pouvons bien renoncer aux droits qu'elle confère lorsqu'ils n'ont trait qu'à notre intérêt privé ; mais il en est différemment de ceux qui touchent à l'ordre public, qui, se rattachant à l'organisation même de la société, intéressent les tiers aussi bien que la personne qui les a. Or, le domicile est précisément un droit de cette nature ! Ce n'est pas seulement un *droit,* c'est encore un *devoir,* et nous n'avons pas le droit de nous affranchir des devoirs que la loi nous impose.

340 *bis.* — On fait à ce système trois objections :

1° Le domicile est au lieu où l'on a son principal établissement (art. 102) ; or, dans l'espèce, la personne dont il s'agit n'a point son principal établissement au lieu où elle a eu son domicile d'o-

(1) *Introd. génér. aux Cout.,* n° 12.
(2) Fenet, t. VIII, p. 346.

rigine : car elle a rompu, nous le supposons, toute relation avec lui; elle n'y a conservé aucun bien, aucune affaire, aucun intérêt. D'autre part, nous le supposons encore, elle n'a point d'établissement au lieu de sa résidence actuelle. Dès lors elle n'a point de domicile, puisqu'elle n'a point de principal établissement; le fait l'emporte sur le droit.

La réponse est facile. En *fait,* cette personne n'a point d'établissement, je le reconnais; mais, en *droit,* elle en a un. La loi suppose, en effet, qu'elle a, sinon un intérêt pécuniaire, au moins un intérêt d'affection, un souvenir, qui la rattache, de préférence à tout autre, au lieu où elle a son domicile d'origine. Cet intérêt constitue son principal établissement (voy. le n° 319). La présomption de la loi est peut-être contraire à la vérité; mais qu'importe ? les présomptions légales cessent-elles donc d'être obligatoires pour le juge parce qu'elles lui paraissent choquer la vraisemblance? Dire que la réalité doit prévaloir sur la supposition de la loi, c'est tout simplement soutenir que la loi ne doit pas être observée.

2° Notre système, dit-on, présente les plus graves inconvénients : car il amène ce résultat injuste que les significations qui doivent être faites à la personne pourront l'être dans un lieu avec lequel elle n'a aucune relation; en sorte qu'il n'y a aucune chance que les actes signifiés parviennent à sa connaissance. N'est-il pas plus juste, plus naturel, que les significations soient faites à sa résidence quand elle est connue et certaine?

Ce résultat est fort dur, sans doute; mais la personne qui en souffre l'a accepté d'avance, elle s'y est volontairement soumise en conservant un domicile compromettant. Elle pouvait en choisir un plus commode, elle ne l'a pas fait : qu'elle supporte donc la peine de sa négligence!

Que prouvent, d'ailleurs, les inconvénients qu'on signale? que la loi est mal faite? qu'elle est fort dure dans ses conséquences? Mais la loi, si imparfaite qu'elle soit, doit toujours être obéie.

3° L'article 59 du Code de procédure prévoit le cas où une personne *n'a point de domicile :* donc...

Je réponds que cette disposition est expliquée par l'article 69-8° du même Code, qui déclare seulement que le domicile d'une personne *peut n'être pas connu* (1).

341. — *Peut-on avoir deux domiciles?* — Il est tout aussi impossible d'en avoir deux que de n'en avoir pas. Et, en effet, le Code règle le *changement* de domicile, mais il ne dit rien de l'acquisition pure et simple d'un nouveau domicile. De même qu'on ne perd son domicile d'origine que lorsqu'on en prend un autre, de même on n'en peut acquérir un nouveau que lorsqu'on perd celui qu'on a actuellement.

Peut-on avoir deux domiciles?

(1) En ce sens, Toullier, t. I, n° 371 ; Proud., t. I, p. 343 ; Dur., t. I, n° 360 ; M. Laurent, t. II, n° 66. — *Contrà,* Dem., t. I, p. 200 et s. ; M. Demol., t. I, n° 348.

L'article 102 ne laisse aucun doute à cet égard. Le domicile, y est-il dit, est au lieu où l'on a son *principal* établissement; or, l'établissement principal étant celui qui est le plus important, qui domine *tous* les autres, personne ne peut avoir deux principaux établissements : donc, personne ne peut avoir deux domiciles.

Quid, lorsqu'une personne réside alternativement dans deux villes différentes, autant de temps dans l'une que dans l'autre, ayant dans chacune d'elles des intérêts aussi graves, le même nombre d'affaires ?

Que si la personne réside alternativement dans deux villes différentes, autant dans l'une que dans l'autre; si elle a, dans chacune d'elles, des intérêts aussi graves, le même nombre d'affaires..., en sorte qu'on ne puisse pas découvrir là où est son principal établissement, son domicile étant alors *inconnu*, les tiers, qui ne doivent pas souffrir de l'état d'incertitude dans lequel elle s'est volontairement placée, peuvent valablement l'assigner devant le tribunal de l'une ou de l'autre résidence (voy. le n° 339) (1).

§ III. *Du domicile* SPÉCIAL *ou* D'ÉLECTION.

Art. 111.
Qu'est-ce que le domicile *d'élection ?*
Quels motifs l'ont fait introduire?

342. — I. CE QUE C'EST QUE LE DOMICILE ÉLU; SES MOTIFS. — Selon le droit commun, le créancier qui poursuit son débiteur est obligé de l'assigner devant le tribunal de son domicile réel; c'est là aussi qu'il doit lui signifier l'exploit d'assignation (voy. le n° 317, 1° et 2°). Or, ce domicile peut être très éloigné. De là des lenteurs, des déplacements fâcheux.

Cette nécessité, imposée aux créanciers, d'aller poursuivre au loin leurs débiteurs, pourrait entraver souvent les conventions. On comprend, en effet, qu'un Parisien serait peu porté à traiter, par exemple, avec un Marseillais, s'il était obligé de soumettre au tribunal de Marseille les difficultés auxquelles pourra donner lieu le contrat qu'on lui propose.

La loi, qui a prévu ce danger, y apporte un remède. Lorsque deux personnes contractent, elles peuvent, afin de faciliter les poursuites judiciaires auxquelles l'une d'elles sera peut-être obligée de recourir, choisir un domicile spécial, plus rapproché et plus commode que le domicile réel de la partie contre laquelle les poursuites seront faites. Ainsi, lorsque je prête 10,000 francs à une personne domiciliée à Marseille, je puis convenir avec elle que, si je suis obligé de recourir à la justice, le domicile réel qu'elle a à Marseille sera, quant à moi, et quant à l'affaire spéciale que nous traitons, remplacé par un domicile qu'elle fixera à Paris, chez telle ou telle personne. Ce domicile est celui qu'on appelle *d'élection.*

L'élection de domicile est-elle facultative?

L'élection de domicile est facultative; tel est le principe. Par exception, la loi l'ordonne dans quelques cas (voy. notamment les art. 176 et 2148, C. civ.).

Quand et par quel acte peut être faite l'élection d'un domicile ?

343. — II. QUAND ET PAR QUEL ACTE PEUT ÊTRE FAITE L'ÉLECTION D'UN

(1) Voy. MM. Demol., t. I, n° 347; Val., *Cours de C. civ.*, p. 138; Laurent, t. II, n° 69.

DOMICILE. — Elle peut l'être au moment même du contrat auquel elle se réfère, et par le même acte : tel est le cas que suppose l'article 111. Mais, sur ce point, l'article n'est qu'énonciatif : il prévoit le cas le plus fréquent, sans exclure les autres. L'élection de domicile peut donc être faite après coup et par un second acte (voy. la *Form.* 45) (1).

Elle peut être *formelle;* elle peut aussi être *implicite,* c'est-à-dire résulter, par voie de conséquence, d'une des clauses du contrat principal. Remarquez, du reste, que la clause portant que l'obligation sera exécutée dans tel lieu, ne vaut pas, en général, élection de domicile dans ce même lieu (2). Il en est différemment en matière commerciale (art. 420, C. pr.); mais les règles du droit commercial, étant *exceptionnelles,* ne s'étendent point aux matières civiles.

La clause portant que l'obligation sera exécutée dans tel lieu emporte-t-elle élection de domicile dans ce même lieu ?

344. — III. OU PEUT ÊTRE ÉTABLI LE DOMICILE ÉLU. — Il peut l'être dans un lieu *autre que celui du domicile réel;* c'est le cas le plus fréquent, et c'est celui précisément que prévoit notre article 111. Mais ici encore notre article est simplement énonciatif. Le domicile élu peut donc être établi au domicile réel de la personne qui l'élit. Dans ce cas, le domicile réel, quoiqu'abandonné plus tard par le débiteur, subsiste quant au créancier dans l'intérêt duquel a été faite l'élection de domicile.

Où peut être établi le domicile élu ?
Peut-il l'être au domicile réel ? — Quelle est alors son utilité ?

345. — IV. DES EFFETS DU DOMICILE D'ÉLECTION. — Pour les apprécier et en déterminer l'étendue, il faut faire une distinction. Domicile peut être élu :

Quels sont les effets de l'élection de domicile ?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

1° Dans telle ville, tel arrondissement ou telle commune, avec indication d'*une personne qui représentera le débiteur* et de la maison où cette personne demeure;

2° Dans telle ville, tel arrondissement ou telle commune, mais *sans indication d'une personne chargée de représenter le débiteur.*

Au premier cas, le domicile produit deux effets :

1° Il attribue juridiction au tribunal dans le ressort duquel il est élu : si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, ce tribunal sera compétent pour en connaître;

2° Il valide toutes les assignations et significations d'actes faites au lieu où il est établi.

Au second cas, il ne produit qu'un seul effet : il est simplement attributif de compétence. Si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, le tribunal du ressort dans lequel il est établi sera compétent pour en connaître; mais les exploits d'assignation devront être remis, les significations d'actes devront être faites au domicile réel du défendeur.

346. — Le jugement rendu par le tribunal du domicile élu peut-

Le jugement rendu par le tribunal du do-

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 241; M. Laurent, t. II, n° 107.
(2) L'art. 1258-6° distingue très bien *le lieu dont on est convenu pour le paiement* et *le domicile élu pour l'exécution de la convention.*

micile élu peut-il être signifié à ce domicile ?

il être valablement signifié à ce domicile? La négative est soutenue. L'article 111 ne permet, dit-on, de faire au domicile élu que les significations et poursuites relatives à l'exécution de la *convention pour laquelle il a été établi;* or, le jugement ayant pris la place de la convention, c'est lui et non plus elle qu'il s'agit d'exécuter : donc il faut en revenir au droit commun (1).

L'affirmative me semble mieux fondée. Le jugement ne fait point disparaître la convention sur laquelle il est intervenu et les obligations qu'elle a produites; il ne fait, au contraire, que les reconnaître et en autoriser l'exécution forcée. La signification du jugement est donc relative à la convention elle-même, à son exécution : notre article 111 la régit, par conséquent (2).

En cas d'élection de domicile, où doit être exécutée la convention qui y a donné lieu ?

347. — De même que l'indication d'un lieu où la convention devra être exécutée n'emporte pas élection de domicile dans ce lieu, de même, à l'inverse, l'élection de domicile n'est point par elle-même et par elle seule indicative du lieu où la convention *devra être exécutée.* Le domicile élu n'est, en effet, relatif qu'aux *significations, demandes et poursuites;* or, ces termes ne comprennent point l'*exécution* elle-même, qui, par conséquent, demeure sous l'empire du droit commun, lequel est réglé par l'article 1247(3).

Ainsi, lorsque l'emprunteur d'une somme d'argent élit domicile dans une ville autre que celle où il a son domicile réel, et qu'ensuite il refuse d'exécuter son obligation, le créancier peut le poursuivre devant le tribunal du domicile élu; quant au *paiement* de l'obligation, le débiteur a le droit de le faire à son domicile réel.

Dans l'intérêt de qui le domicile élu peut-il être établi

348. — V. Dans l'intérêt de qui il peut être établi. — Il peut l'être, au gré des parties :

Soit dans l'intérêt exclusif du créancier;

Soit dans l'intérêt exclusif du débiteur;

Soit, enfin, dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur.

Dans le premier cas, le domicile élu est pour le créancier un bénéfice, une exception au droit commun introduite en sa faveur; rien ne l'oblige à en user. Libre à lui, si son intérêt le lui conseille, de s'en tenir au droit commun. Il peut donc, *à son choix,* agir devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel (art. 59, dernier alinéa, C. pr.).

Dans le second cas, la faveur, l'exception, est pour le débiteur. Le créancier ne peut pas l'en priver : c'est donc nécessairement devant le tribunal du domicile élu qu'il doit le poursuivre.

Dans le troisième, le résultat est le même que dans le second. Le créancier peut agir devant le tribunal du domicile élu; il ne lui est pas permis d'agir ailleurs.

(1) M. Dur., t. 1, nº 379.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 241 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 141 et 142 ; Demol., t. I, nº 380 ; Aubry et Rau, t. I, § 146, note 8.

(3) MM. Dur., t. I, nº 377 ; Demol., t. I, nº 378 ; Aubry et Rau, t. I, § 146, note 14 ; Laurent, t. II, nº 111.

349. — VI. Si le domicile élu peut être révoqué et comment il peut l'être. — Ce qui arrive lorsque la personne chez laquelle il est établi vient a mourir. — A-t-il été établi dans l'intérêt exclusif du débiteur : celui-ci peut, à lui seul, le révoquer, à la charge d'en donner avis au créancier (voy. la *Form.* 46).

Le domicile élu peut-il être révoqué ? Par qui peut-il l'être? Le débiteur, lorsqu'il n'a pas le droit de le révoquer, peut-il au moins indiquer, *dans la même ville*, une autre maison que celle qui a été d'abord désignée ?

L'a-t-il été dans l'intérêt exclusif du créancier : le débiteur le subit, tant que le créancier n'y renonce point.

Enfin, s'il a été stipulé dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, il ne peut être révoqué que de leur consentement réciproque.

Toutefois, cette théorie a besoin d'un tempérament. Lorsque le domicile n'est point établi dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci ne peut ni le révoquer, ni le transporter d'une ville dans une autre ; mais ne peut-il pas indiquer, *dans la même ville,* une autre maison que celle qui a été d'abord désignée? Rien ne s'y oppose. L'intérêt du créancier n'en souffre aucunement : car peu lui importe que son débiteur soit représenté par telle personne plutôt que par telle autre. — A moins pourtant, mais l'hypothèse se présentera bien rarement, qu'il ne soit démontré que le créancier a lui-même désigné et dans un intérêt légitime, la personne chez laquelle le domicile a été établi.

350. — Qu'arrivera-t-il, enfin, lorsque la personne chez laquelle le domicile a été élu vient à mourir, ou lorsqu'elle change de domicile? On distingue :

Qu'arrive-t-il, lorsque la personne chez laquelle le domicile a été élu vient à mourir, ou lorsqu'elle change de domicile ?

Le domicile élu conserve son effet attributif de compétence : ainsi c'est devant le tribunal de ce domicile que le créancier pourra ou devra agir.

Quant aux exploits à remettre, aux actes à signifier, ils peuvent être remis ou signifiés dans la maison où le domicile a été établi, *s'il s'y trouve quelqu'un pour les recevoir.* Dans le cas contraire, on procède comme au cas où il n'y a pas de domicile connu (voy. le n° 339), sauf au débiteur à notifier au créancier une nouvelle élection de domicile chez une autre personne demeurant dans la même ville.

351.— VII. Différences entre le domicile *réel* et le domicile *d'élection.* — 1° Le domicile réel est *général;* le domicile d'élection est *spécial* à l'affaire pour laquelle il a été choisi.

Quelles différences y a-t-il entre le domicile *réel* et le domicile *d'élection?*

2° Le premier n'est point transmissible aux héritiers : il s'éteint par la mort de la personne à laquelle il appartient. Le second, au contraire, est héréditaire : il subsiste même après la mort de la personne qui l'a élu.

3° On ne peut avoir qu'un domicile réel, tandis qu'on peut avoir autant de domiciles élus qu'on a d'affaires différentes.

4° On peut, quand on veut, changer son domicile réel. Il n'en est pas de même du domicile d'élection : le débiteur ne peut le changer qu'autant qu'il a été établi dans son intérêt exclusif.

TITRE QUATRIÈME

DES ABSENTS

Généralités.

10e *Répétition.*

Qu'entend-on par *absent,* dans un sens très général ? Comment, en se plaçant à ce point de vue général, divise-t-on les absents ? Qu'est-ce qu'un *non-présent ?* — Le Titre *des absents* a-t-il trait aux *non-présents ?*

352. — On entend par *absent,* dans un sens général, toute personne qui ne se trouve pas au lieu où sa présence est demandée : *absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo petitur* (1).

En droit, on distingue : 1° le *non-présent;* 2° le *présumé absent;* 3° le *déclaré absent.*

353. — Le *non-présent* est la personne qui n'est pas actuellement à son domicile, ou dans tel autre lieu où sa présence est nécessaire, mais *sur l'existence de laquelle il ne peut exister aucun doute sérieux*, soit parce qu'on sait où elle est, soit parce qu'on a eu récemment de ses nouvelles, soit enfin parce que les motifs connus de son absence expliquent raisonnablement pourquoi elle n'est pas actuellement là où elle est demandée. C'est de cette personne qu'il est parlé dans les articles 819 et 840 du Code civil. Quelquefois, mais très improprement alors, la loi la désigne sous le nom d'*absent* (art. 316). — Le Titre *de l'absence* n'a point trait aux *non-présents;* les règles dont il se compose sont exclusivement applicables aux présumés ou aux déclarés absents (voy. toutefois l'explic. de l'art. 131, n° 363).

Qu'est-ce qu'un *présumé absent ?*

354. — Le *présumé absent* est celui dont l'existence est devenue incertaine par suite de sa disparition insolite de son domicile, jointe au manque de toute nouvelle; en d'autres termes, celui dont on ne connaît pas la résidence, dont on n'a pas de nouvelles, et dont, par cette double raison, l'existence est incertaine.

Un *déclaré absent,* ou plus brièvement un *absent ?*

355. — Le *déclaré absent,* ou plus brièvement *l'absent*, est celui dont l'absence a été déclarée, c'est-à-dire vérifiée et constatée par un jugement.

Qu'est-ce qui constitue l'absence proprement dite ?

356. — Ainsi, ce qui constitue *l'absence,* c'est *l'incertitude de la vie.* Une personne a disparu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue; personne n'en peut donner de nouvelles. Est-elle décédée? Vit-elle encore? Nul ne le sait! Ce doute, c'est l'absence.

En combien de périodes la loi divise-t-elle l'absence? Quel est le fondement de cette division tripartite ?

357. — A mesure que le temps s'écoule depuis la disparition de l'absent, l'incertitude de sa vie augmente; elle est, en quelque sorte, proportionnelle à sa durée. De là, trois degrés dans l'incertitude de la vie, ou trois périodes dans l'absence :

1° La *présomption d'absence;*

2° La *déclaration d'absence,* et l'envoi en possession provisoire

(1) L'art. 2266 appelle *absent* le propriétaire d'un immeuble qui n'a pas son domicile dans le ressort de la Cour d'appel où est situé son immeuble.

des biens de l'absent au profit de ses héritiers présomptifs et autres ayant-droit;

3° *L'envoi en possession définitif.*

La probabilité du décès, très faible dans la première période, plus forte dans la seconde, acquiert une plus grande force encore dans la troisième.

358. — La première période, ou la *présomption d'absence,* comprend tout le temps qui s'écoule depuis la disparition ou les dernières nouvelles, jusqu'à la *déclaration d'absence.* L'absence ne peut être *déclarée* qu'après *cinq ans,* si l'absent n'a pas laissé de procuration, et qu'après *onze ans,* dans l'hypothèse contraire : la présomption d'absence dure donc cinq ans au moins dans le premier cas, onze dans le second (voy. les nos 384 et 391).

Quand commence et quand finit la *présomption d'absence ?* En d'autres termes, combien de temps dure-t-elle ?

— La seconde période, ou la *déclaration d'absence,* dure trente ans, au moins, à compter du jugement de déclaration; toutefois elle finit avant ce terme lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (voy. les nos 460 à 462).

Combien dure la *déclaration d'absence?*

— La troisième période, ou *l'envoi en possession définitif,* commence quand finit la seconde; elle dure indéfiniment, c'est-à-dire tant que dure l'incertitude de la vie de l'absent.

Quand commence *l'envoi en possession définitif?* Combien dure-t-il ?

358 *bis.* — Chacune de ces périodes a ses règles particulières, motivées sur les circonstances qui la caractérisent.

Chacune de ces périodes n'a-t-elle pas ses règles particulières?

Dans la première, le retour de l'absent étant probable, la loi prend des mesures propres à lui assurer la conservation de ses biens; l'intérêt de l'absent est ici au premier plan.

Dans la seconde, l'espoir de son retour étant moins grand, la loi ne veut plus que ses biens restent vacants et sans maître pour les administrer : elle en confie donc la possession provisoire à ceux qui les auraient définitivement s'il était décédé au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. — Elle ne leur donne toutefois que des pouvoirs limités, et sous certaines garanties qu'elle stipule dans l'intérêt de l'absent, en prévision de son retour. L'intérêt des tiers est ici au premier plan; celui de l'absent est relégué au second.

Dans la troisième, son retour étant devenu fort peu probable, la loi affranchit les envoyés en possession provisoire des entraves qu'elle apportait à leur administration. L'intérêt des tiers et de la société la préoccupe exclusivement.

359. — Les règles de l'absence ne sont pas toujours *particulières* à l'une ou à l'autre des périodes dont elle se compose. Quelques-unes, qui sont *générales,* s'appliquent dans toutes les hypothèses. Telles sont : 1° la règle suivant laquelle les droits éventuels ne s'ouvrent point au profit de l'absent (voy. les nos 481 et suiv.); 2° la défense faite à son conjoint de contracter un nouveau mariage (voy. les nos 496 et suiv.).

Les règles de l'absence sont-elles toujours particulières à l'une ou à l'autre de ces trois périodes ?

CHAPITRE PREMIER. — DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

360. — Il faut distinguer : 1° le cas où le présumé absent n'a point laissé un mandataire chargé d'administrer ses biens; 2° le cas où il en a laissé un.

PREMIER CAS. — *Du présumé absent qui n'a point, avant sa disparition, confié à un mandataire le soin de gérer son patrimoine en son absence.*

Art. 112.

Lorsqu'une personne est présumée absente, et qu'elle n'a pas confié à un mandataire le soin de gérer ses affaires, son patrimoine reste-t-il abandonné?

361. — Sa négligence, si elle n'était pas réparée, deviendrait préjudiciable à lui-même d'abord, et, par suite, à sa famille qui a besoin de ses secours, à ses créanciers, dont les droits seraient compromis si son patrimoine, qui est leur gage, dépérissait faute de soins, et enfin à l'État, toujours intéressé à la conservation et à la prospérité des fortunes particulières. La loi a dû, en conséquence, intervenir et prendre les mesures propres à conserver le patrimoine qu'il a si imprudemment abandonné.

Mais quand et à quelles conditions ces mesures peuvent-elles être prises? Quelle autorité les ordonne? Quelles personnes ont qualité pour les requérir? L'article 112 répond à chacune de ces questions.

Quand et à quelles conditions ces mesures conservatoires peuvent-elles être prises

362. — I. QUAND ET A QUELLES CONDITIONS CES MESURES PEUVENT ÊTRE PRISES. — Elles ne peuvent l'être qu'autant qu'*il y a nécessité d'y recourir*. Toullier a bien mis en lumière le motif de cette disposition. On pourrait, dit-il, sous le spécieux prétexte d'une protection précipitée, préjudicier à l'absent au lieu de le servir. Une telle précipitation nuirait à la liberté : personne n'oserait s'éloigner du lieu qu'il habite s'il avait à craindre que, sous prétexte de veiller à ses intérêts, *on pût pénétrer dans le secret de ses affaires,* en pénétrant dans son domicile.

La justice doit donc chercher :

1° Si la personne qui a disparu de son domicile se trouve dans l'impossibilité reconnue de pourvoir elle-même à ses intérêts, ou, en d'autres termes, si elle est en état de présomption d'absence, c'est-à-dire si son existence est incertaine. La présomption d'absence ne commence pas nécessairement avec la disparition ou à la date des dernières nouvelles : son point de départ dépend uniquement des circonstances. C'est donc une pure question de fait que les juges auront à décider (voy., à ce sujet, la *Form.* 47).

2° Si ses biens sont en souffrance, si ses droits sont compromis.

La loi, au reste, ne détermine ni les cas où il y a nécessité d'agir, ni les mesures à prendre; elle s'en rapporte, à cet égard,

à la sagesse de la justice et lui laisse une latitude indéfinie. Elle s'est contentée de tracer une règle générale, pour lui servir de guide : *quelle que soit la mesure prescrite, il faut que'lle soit justifiée par la nécessité*. La justice doit donc se borner aux actes rigoureusement et strictement nécessaires. Ainsi, par exemple, elle peut ordonner que les biens soient donnés à bail, lorsqu'ils sont sans culture; que les baux qui sont sur le point d'expirer soient renouvelés; que les réparations nécessaires à tel ou tel bâtiment soient faites; que les denrées qui peuvent se perdre, que les meubles qui dépérissent, soient vendus; qu'on fasse des poursuites contre les débiteurs, pour prévenir leur insolvabilité lorsqu'elle est menaçante, ou pour interrompre une prescription sur le point de s'accomplir. — Elle peut même, lorsqu'elle le juge nécessaire, nommer un curateur à l'absent et le charger d'accomplir les actes d'administration qu'elle a ordonnés, de suivre telle ou telle affaire, de la gérer, et, par exemple, de conduire à bonne fin un procès dans lequel se trouve engagé l'intérêt de l'absent. La loi ne défend point cette nomination, et la nécessité des choses l'exige. La justice ne peut pas, en effet, s'occuper chaque jour et dans tous leurs détails des affaires de l'absent, plaider pour lui ou mettre à exécution les mesures qu'elle prescrit.

La justice peut-elle nommer un curateur au présumé absent, et le charger d'accomplir les actes d'administration qu'elle ordonne?

Le curateur, une fois établi, est le représentant légal du présumé absent, sous condition de se renfermer strictement dans les pouvoirs qui lui ont été confiés (1).

Il se peut que tel bien soit en souffrance, tandis que tel autre est en bon état. La justice ne doit alors s'occuper que du premier : elle doit toujours proportionner ses secours aux besoins, et ne jamais les étendre au delà.

Quid, si tel bien est en souffrance, tandis que tel autre est en bon état?

Lorsqu'il est nécessaire de compulser, d'étudier les papiers du présumé absent, les recherches doivent être faites par l'un des juges désigné spécialement à cet effet. Le juge désigné ne doit distraire que les pièces d'une absolue nécessité (2).

Quid, s'il est nécessaire de compulser les papiers du présumé absent?

— Ainsi, l'intervention de la justice exige le concours de ces deux conditions : 1° présomption d'absence reconnue; 2° nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens de l'absent.

363. — Toutefois, la première condition est-elle essentielle et rigoureusement nécessaire? Les mesures prescrites par la loi, dans l'intérêt des *présumés absents*, sont-elles, *dans tous les cas*, inapplicables aux simples *non-présents?* Je m'explique :

Les mesures que la loi a prescrites dans l'intérêt des *présumés absents* peuvent-elles être appliquées aux *non-présents?*

Les dispositions relatives aux *non-présents* sont fort peu nombreuses. Il n'existe guère que deux cas où la loi leur accorde une

(1) Proud., t. I, p. 201 ; Dem. t. I, p. 212 ; Dur., t. I, n° 390; MM. Demol., t. II, n° 56 ; Aubry et Rau, t. I, § 149, p. 596 et 597 ; Laurent, t. II, n°s 140 et 141.

(2) M. Dur., t. I, n° 399.

protection spéciale. Elle sauvegarde leur intérêt : 1° dans le cas où ils sont intéressés dans une succession (art. 819, C. civ.; 909, 911, 928, 931, 942 et 943, C. proc.); 2° lorsqu'il s'agit de faire serrer leur récolte (loi des 28 septembre-16 octobre 1791).

Or, d'autres hypothèses peuvent se présenter où leurs biens sont en péril. La justice peut-elle alors intervenir et ordonner les mesures nécessaires à la conservation de leurs droits? La question est controversée.

Rigoureusement, la négative doit être admise. Les articles 112 à 114 sont placés, en effet, sous la rubrique *de la présomption d'absence;* — la présomption d'absence est l'état d'une personne *dont l'existence est incertaine;* — la *non-présence* est l'état d'une personne dont *l'existence est certaine,* quoiqu'elle soit absente de son domicile ou de sa résidence : donc..., etc.

Cependant plusieurs auteurs admettent qu'on peut, par analogie, assimiler les *non-présents* aux *présumés absents,* lorsque, par suite de quelque obstacle qui les retient au loin, ils se trouvent dans l'impossibilité absolue de pourvoir en temps utile à leurs intérêts en péril (1).

On peut, à l'appui de cette décision, tirer parti de l'article 131. Une personne, *déclarée absente,* donne de ses nouvelles; on sait maintenant où elle est, mais elle n'est pas encore de retour : elle cesse par là même d'être en état de *déclaration d'absence.* Elle n'est même plus en état de *présomption d'absence,* puisque son existence est certaine : sa condition est celle d'un *non-présent.* Or, la loi déclare expressément que, si ses biens sont en souffrance, la justice peut y pourvoir conformément à notre article 112. Cette disposition est aussi juste qu'elle est sage : pourquoi ne pas la généraliser? En l'étendant, on ne viole pas la loi, on entre dans son esprit (2).

(1) MM. Proud. et Val., t. I, p. 253 et suiv.; Dem., t. I, p. 209; Aubry et Rau, t. I, § 147, note 4; Demol., t. II, n° 18.

(2) Cet argument n'est pas décisif. L'art. 131 raisonne dans l'hypothèse où la *non-présence* a succédé à la déclaration d'absence; or, autre chose est de s'ingérer, *pour la première fois*, dans les affaires d'une personne non présente, autre chose est de maintenir et de continuer des mesures que l'absence déclarée avait déjà rendues nécessaires. Les deux cas ne sont pas semblables : dès lors, il n'y a plus lieu de raisonner par analogie (M. Demol., t. II, n° 18). J'ajoute que, dans le système contraire, il n'existe, quant au point qui nous occupe, aucune différence entre les *présumés absents* et les *non-présents*, c'est-à-dire entre ceux dont la vie est incertaine et ceux dont l'existence est certaine; or, *l'incertitude de la vie* a toujours été présentée au Conseil d'Etat comme étant le principe fondamental sur lequel reposent toutes les règles de l'absence.

Qu'on dise que cette distinction entre les *présumés absents* et les *non-présents* est peu rationnelle, qu'il eût été plus juste d'accorder aux uns et aux autre la même protection; qu'on provoque en conséquence la réforme de la loi : rien de mieux, assurément. Mais assimiler, dans l'état actuel de notre législation, les *non-présents* aux *présumés absents*, ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire.

364. — II. QUELLE AUTORITÉ A LE DROIT D'ORDONNER LES MESURES CONSERVATOIRES DE LA FORTUNE DES PRÉSUMÉS ABSENTS. — Ce pouvoir est confié au *tribunal de première instance*. Mais auquel? Est-ce au tribunal de première instance du *domicile* de l'absent, ou à celui de la *situation des biens?* La loi ne s'explique pas sur ce point. De là, deux systèmes.

A qui appartient le droit d'ordonner les mesures conservatoires de la fortune des présumés absents?
Est-ce au tribunal du *domicile* de l'absent ou à celui de la *situation des biens en souffrance ?*

365. — PREMIER SYSTÈME. — La question de savoir s'il y a lieu de prendre des mesures dans l'intérêt de l'absent est double ou à deux faces. Il faut, en effet, rechercher : 1° si la personne dans l'intérêt de laquelle on sollicite l'intervention de la justice est bien réellement en état de présomption d'absence; 2° s'il est urgent de pourvoir, et par quelles mesures, à l'administration de ses biens.

Le premier point ne peut être vérifié et bien jugé que dans le lieu où la personne est connue, où on peut le plus facilement avoir de ses nouvelles, c'est-à-dire au lieu de son domicile, ou de sa dernière résidence, si elle n'a point de domicile connu : c'est donc naturellement au tribunal *du domicile* qu'appartient la question de présomption d'absence.

Le second, au contraire, sera plus facilement et plus sûrement vérifié par le tribunal du ressort où se trouvent situés les biens que par celui du domicile : c'est, par conséquent, au tribunal *de la situation* qu'appartient naturellement le droit de juger s'il est ou non nécessaire de pourvoir à l'administration des biens de l'absent et de déterminer les mesures à prendre.

Ainsi chacun des tribunaux a ses attributions particulières : la présomption d'absence doit être préalablement déclarée par le tribunal du domicile; après quoi, et en vertu du jugement déclaratif de la présomption d'absence, chaque tribunal pourvoit à l'administration des biens situés dans son ressort.

Ce système fut proposé au Conseil d'État. On convint qu'on le ferait passer dans la loi; mais, la discussion du Code ayant été suspendue pendant un intervalle de dix mois, on oublia, lorsqu'on se remit à l'œuvre, de donner suite à la proposition qui avait été primitivement faite et adoptée. Cette décision du Conseil d'État ne fait donc pas la loi; mais, comme en définitive elle est fort sage, il n'y a pas de bonne raison pour ne pas l'adopter (1).

366. — DEUXIÈME SYSTÈME. — Le tribunal du domicile de la personne dans l'intérêt de laquelle on sollicite l'intervention de la justice peut et doit, tout à la fois, décider : 1° si elle est en état de présomption d'absence, 2° si ses biens sont en souffrance, et ordonner les mesures d'administration, non seulement quant aux biens situés dans son ressort, mais encore quant à ceux qui se trouvent dans d'autres arrondissements. Autrement, il faudrait

Les créanciers des *non-présents* peuvent d'ailleurs recourir au principe de l'art. 1166. Leurs héritiers présomptifs ou leurs amis ont la ressource de la gestion d'affaires (art. 1372).

(1) Toull., t. I, n° 390 ; Proud., t. I, p. 258.

toujours deux instances et deux jugements, ce qui entraînerait des lenteurs et doublerait les frais. Il est bien plus simple que les deux questions soient jugées en même temps par le tribunal qui, étant placé au domicile de l'absent, c'est-à-dire près du siège de ses affaires, est mieux à même que tout autre de vérifier le fait de la présomption d'absence, et de pourvoir, par une mesure générale, à l'administration des biens. S'il est suffisamment éclairé sur la nécessité et la nature des mesures à prendre, il les ordonne lui-même. Dans le cas contraire, il s'en réfère, par commission rogatoire, au tribunal de la situation des biens. — Toutefois, dans le cas où les biens sont en péril si imminent qu'on ne puisse pas, sans danger, attendre la décision du tribunal du domicile, on peut alors, mais alors seulement, s'adresser directement au tribunal de la situation, lequel ordonne *de plano* les mesures que l'urgence a rendues nécessaires (1).

Quelles personnes ont qualité pour requérir les mesures conservatoires des biens d'un présumé absent ?

367. — III. Quelles personnes ont qualité pour requérir l'intervention de la justice dans l'intérêt du présumé absent. — La justice ne peut point, alors même que les biens du présumé absent sont en péril, intervenir *d'office* et ordonner les mesures nécessaires; il ne lui est pas permis d'agir, tant que son intervention n'est point *requise* (voy. la *Form.* 48). Mais quelles personnes ont le droit de la requérir? Ce sont, dit notre article, les *parties intéressées*.

Que faut-il entendre par *parties intéressées ?* Un simple intérêt d'affection suffit-il pour donner le droit de réquisition ? Que peuvent faire les personnes qui n'ont qu'un intérêt d'affection ?

J'entends par *parties intéressées* les tiers qui ont un intérêt *pécuniaire* à la conservation des biens du présumé absent. Un simple *intérêt d'affection* ne suffit point pour donner le droit de *réquisition*. Mais, bien entendu, toute personne a la faculté de donner avis au ministère public du péril auquel sont exposés les biens de l'absent : le ministère public, averti, use alors du droit que lui confère l'article 114 (voy., sous le n° 371, l'explic. de cet article).

— Parmi les personnes qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens de l'absent, et qui, par suite, ont qualité pour provoquer les mesures nécessaires, je citerai :

368. — 1° *Ses créanciers.* — Son patrimoine étant leur gage, leur sûreté, ils sauvegardent leur créance en conservant sa fortune. Peu importe que leur créance soit conditionnelle, à terme, ou pure et simple : les créanciers *conditionnels,* et à plus forte raison les créanciers *à terme,* peuvent, en effet, *pendente conditione aut pendente die,* exercer tous les actes conservatoires de leur droit (art. 1180).

Quelle différence faut-il faire entre les créanciers dont le droit

Signalons toutefois une différence entre les créanciers dont le droit est à terme ou conditionnel, et ceux dont le droit est actuel-

(1) Dem., t. I, p. 212 et 213 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 258 ; Dur., t. I, n° 484 ; MM. Demol., t. II, n° 20 ; Aubry et Rau, t. I, § 149, note 3. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 136.

lement exigible. Les premiers ne peuvent que requérir les mesures conservatoires du patrimoine de leur débiteur absent. Les seconds, au contraire, peuvent, dès à présent, poursuivre le remboursement de ce qui leur est dû : ils assignent, à cet effet, leur débiteur à son dernier domicile, ou, si son domicile est inconnu, à sa dernière résidence (art. 59, C. pr.) ; un jugement *par défaut* intervient alors à leur profit, lequel, après qu'il a acquis force de chose jugée, est mis par eux à exécution, selon les voies ordinaires (art. 584 et suiv., C. pr.). Que si, par affection pour l'absent, ils n'usent pas du droit qu'ils ont de le poursuivre en son absence, ils peuvent alors requérir, pour leur sûreté, les mesures nécessaires à la conservation de son patrimoine (1).

est conditionnel ou à terme, et ceux dont le droit est actuellement exigible ?

369. — 2° *Son conjoint.* — Il est intéressé à la conservation des biens dont les revenus contribuent aux charges du mariage et assurent l'entretien de la famille.

Le conjoint du présumé absent peut-il requérir les mesures conservatoires ?

370. — 3° *Ses héritiers présomptifs.* — Cette solution est généralement admise, à l'égard de ceux de ses héritiers qui pourraient exiger de lui des aliments, c'est-à-dire à l'égard de ses ascendants et de ses descendants. Ceux-ci, en effet, ont un droit certain, positif, une créance d'aliments : pourquoi leur refuser dès lors le droit de requérir les actes nécessaires à sa conservation ? On peut dire, d'ailleurs, qu'ils agissent, dans ce cas, plutôt en qualité de créanciers qu'en qualité d'héritiers présomptifs.

Ses héritiers présomptifs le peuvent-ils ?

Quant à ses autres héritiers présomptifs, la question est controversée. Quelques personnes pensent qu'ils n'ont point qualité pour requérir l'intervention de la justice dans l'intérêt de leur parent présumé absent. Sans doute, disent-elles, il n'est pas nécessaire que ceux qui font cette réquisition aient un droit pur et simple : un intérêt simplement éventuel ou conditionnel suffit. Mais il faut, au moins, que cet intérêt éventuel ou conditionnel constitue un véritable droit ; or, les parents, héritiers présomptifs du présumé absent, n'ont, en cette qualité, qu'une simple *espérance.* Cette espérance, toute précaire, n'existe point à l'état de droit conditionnel. Donc... (etc.).

Ainsi, les héritiers présomptifs, de même que les amis du présumé absent, ne peuvent que solliciter l'action du ministère public, en l'avertissant du danger que courent les biens de l'absent (2).

L'opinion contraire compte aujourd'hui beaucoup de partisans. Les parents qui, au jour de la disparition du présumé absent ou de ses dernières nouvelles, étaient ses héritiers présomptifs, ont, *dès à présent,* un droit *né* et *actuel,* qui, bien que conditionnel, est transmissible, non seulement à leurs héritiers légitimes, mais encore à leurs héritiers testamentaires : je veux parler du droit qu'ils ont d'obtenir l'envoi en possession provisoire des biens de

(1) Dem., *Encyclop. du droit,* n° 41 ; M. Demol., t. II, n° 25.
(2) Toull., t. I, n° 394 ; Marc., sur l'art. 112 ; Dur., t. I, n° 402.

l'absent, si son absence se prolonge assez pour qu'on arrive à la déclaration d'absence (art. 120). Ce droit, quoique éventuel, est déjà né; c'est un droit fort utile, car il donne à ceux qui en sont investis une portion très notable des fruits qu'ils perçoivent en l'exerçant (art. 127) : dès lors, où est la raison de leur refuser la faculté de requérir les mesures nécessaires à sa conservation (1)?

Art. 114.

Le ministère public le peut-il? N'est-il pas, d'une manière générale, chargé de veiller aux intérêts des présumés absents? N'a-t-il pas le droit d'être entendu sur toutes les demandes qui les intéressent? Peut-il former lui-même des demandes au nom du présumé absent, poursuivre ses débiteurs? Son rôle finit-il nécessairement avec la période de la présomption d'absence?

371. — 4° *L'État représenté par le ministère public.* — L'État, dont la richesse consiste dans l'ensemble des fortunes privées, est, en effet, intéressé à la conservation des biens de l'absent. De là la double faculté que la loi accorde au ministère public : 1° de requérir lui-même, et d'office, les mesures conservatoires; 2° d'être entendu sur toutes les demandes qui intéressent l'absent, c'est-à-dire de les appuyer ou de les contredire (aj. C. de proc., art. 83, n° 7). Mais, bien entendu, il ne lui est point permis de former lui-même des demandes au nom de l'absent, de poursuivre ses débiteurs...; tout ce qu'il peut faire, c'est de demander au tribunal la nomination d'un curateur ou mandataire qui fera les poursuites nécessaires (2).

— Le rôle protecteur du ministère public ne finit point nécessairement, ainsi que semble le supposer l'article 114, avec la première période de l'absence. Le procureur de la République peut, en effet, intervenir pendant la déclaration d'absence, toutes les fois que les intérêts de l'absent se trouvent en opposition avec ceux des personnes qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire de ses biens (voy. les art. 860, C. pr.; 123 et 126, C. civ.).

Art. 113.

Comment la loi pourvoit-elle à l'intérêt du présumé absent intéressé dans les *inventaires, comptes, partages* et *liquidations?*

372. — *Du cas spécial où le présumé absent est intéressé dans des inventaires, comptes, partages et liquidations.* — Toute succession qui s'ouvre au profit de plusieurs héritiers, toute communauté de biens entre époux qui se dissout, toute société qui vient à cesser, donne lieu à des inventaires, comptes, liquidations et partages. Or, il se peut que l'une des personnes que ces actes ou formalités intéressent soit en état de présomption d'absence : quel parti la loi prend-elle en présence de cette hypothèse?

Pourquoi veut-elle qu'il soit, dans ce cas, représenté par un *notaire?*

Dans les cas ordinaires, nous le savons, elle laisse au tribunal la plus grande latitude sur le choix des mesures à prendre; elle n'en défend ni n'en ordonne aucune particulièrement. Ici, au contraire, elle règle elle-même le mode de pourvoir à l'intérêt de l'absent : elle veut qu'il soit représenté par un *notaire.* Les connaissances spéciales de ce mandataire, l'habitude qu'il a de régler des affaires semblables, sont une garantie que les intérêts de l'absent seront bien défendus.

Par qui le notaire est-il désigné?

— Ce notaire est désigné par le tribunal compétent, sur la re-

(1) Val., *sur Proud.*, p. 256; *Cours de Code civil*, p. 151; Dem., t. I, n° 141 *bis*, I; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 112; MM. Demol., t. II, n° 26; Aubry et Rau, t. I, § 149, note 4. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 137.

(2) Dem., t. I, p. 215; Dur., t. I, n° 398; MM. Demol., t. II, n°s 29 et 31; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 114; Aubry et Rau, t. I, § 149, notes 5 et 6; Laurent, t. II, n°s 138 et 139.

quête de *la plus diligente* des parties intéressées dans ces inventaires, comptes, partages et liquidations (voy. la *Form.* 49).

Quelles personnes ont le droit de requéris sa nomination ?

En supposant qu'aucune d'elles ne requière cette nomination, le ministère public, s'il le juge nécessaire, peut, conformément à l'article 114, la requérir lui-même.

Quelles différences y a-t-il entre le notaire désigné pour représenter un héritier *non-présent* et celui qui est chargé de représenter un héritier *présumé absent ?*

373. — Lorsqu'il existe des *non-présents* parmi les héritiers, le tribunal nomme un *notaire* qui les représente (art. 928, 931,942, C. pr.). Mais ce notaire ne doit pas être confondu avec celui qui représente les *présumés absents :*

1° Le notaire des *non-présents* ne les représente que dans les premières opérations nécessitées par l'ouverture de la succession, c'est-à-dire dans la levée des scellés et la confection de l'inventaire; l'inventaire terminé, sa mission est accomplie, finie. Le notaire des *présumés absents,* au contraire, les représente, non seulement dans la levée des scellés et la confection de l'inventaire, mais encore dans toutes les opérations qui suivent; sa mission ne cesse qu'avec le partage.

2° Un seul notaire peut représenter tous les héritiers *non-présents.* Chaque *présumé absent* doit avoir un notaire spécial qui le représente.

3° Le notaire des *non-présents* est nommé par le président du tribunal. C'est le tribunal lui-même qui nomme le notaire des *présumés absents.*

Le notaire d'un héritier présumé absent peut-il *instrumenter* comme notaire, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations ?

374.— Il est bien entendu que le notaire commis pour représenter le présumé absent dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, ne peut point instrumenter, *comme notaire,* dans ces opérations. Il agit, en effet, comme mandataire de l'absent, et, en cette qualité, il n'est point officier public; il tient la place de l'une des parties, d'un simple particulier (voy. la loi du 6 octobre 1791).

A-t-il la faculté de provoquer lui-même le partage ?

375. — Le mandat qu'il a reçu à l'effet de représenter le présumé absent dans les inventaires, comptes et partages..., n'emporte pas de plein droit le pouvoir de *provoquer* lui-même le partage ; mais cette faculté peut lui être spécialement conférée par le tribunal, s'il la juge nécessaire.

Comment concilier l'art. 113, qui suppose que le présumé absent peut être héritier, avec l'art. 136, qui le déclare incapable de succéder ? — En d'autres termes, dans quels cas l'art. 113 peut-il recevoir son application ?

376. — Une dernière observation. Notre article 113 suppose, par la généralité de ses termes, que le présumé absent peut être intéressé dans un partage de *succession;* aux termes de l'article 136, au contraire, le présumé absent ne succède point : la succession qui s'ouvrirait à son profit si son existence était certaine est dévolue (*provisoirement au moins*) à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qu'il aurait exclus. Dès lors, comment peut-il se faire qu'il soit intéressé dans une succession et qu'il y ait lieu de le faire représenter dans le partage par un notaire ? Une antinomie existe donc entre les articles 113 et 136!

Cette antinomie n'est qu'apparente. L'article 113 reçoit son application dans deux cas. Il vise :

1° Le cas d'une succession ouverte au profit du présumé ab-

sent AVANT *sa disparition* ou *ses dernières nouvelles,* c'est-à-dire, alors que son existence était certaine ;

2° Celui d'une succession ouverte à son profit DEPUIS la même époque, si ses cohéritiers, dans l'espoir de son retour, refusent d'user du droit que leur confère l'article 136 (voy. le n° 487).

DEUXIÈME CAS. — *Du présumé absent qui, avant sa disparition, a confié à un mandataire le soin de le remplacer pendant son absence, dans la gestion de ses affaires.*

Les art. 112 et 113 reçoivent-ils leur application lorsque le présumé absent a confié à un mandataire le soin de le remplacer, pendant son absence, dans la gestion de ses affaires?

377. — La justice, dans ce cas, doit, en principe du moins, s'abstenir de s'occuper des affaires de l'absent : elles ne sont pas, en effet, en souffrance, puisque le mandataire qui le représente est chargé, sous sa responsabilité, d'y pourvoir. Ainsi, par exemple, lorsque le présumé absent a donné à quelqu'un mandat de le représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, dans lesquels il est intéressé, l'article 113 cesse d'être applicable.

Quid, pourtant, si ce mandataire ne peut pas ou ne peut plus pourvoir aux intérêts de l'absent ?

Mais, bien entendu, si le mandataire ne peut pas ou ne peut plus pourvoir aux intérêts de l'absent, soit parce qu'il est décédé, soit parce que ses pouvoirs sont expirés ou insuffisants, les articles 112 et 113 reprennent alors tout leur empire.

En résumé, à quelles conditions la justice peut-elle ordonner les mesures conservatoires des biens d'un présumé absent ?

378. — En résumé, les mesures conservatoires des biens d'une personne qui a disparu de son domicile doivent être ordonnées par le tribunal de première instance de son domicile ou de sa résidence. Mais il faut pour cela : 1° qu'elle n'ait pas donné de ses nouvelles, ou, en d'autres termes, qu'il y ait lieu de présumer son absence ; 2° qu'elle n'ait point laissé de mandataire ; 3° qu'il y ait *nécessité* de pourvoir à l'administration de ses biens ; 4° que les mesures conservatoires aient été requises par l'une ou l'autre des parties intéressées.

Quand cesse la présomption d'absence?

379. — QUAND CESSE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE. — Elle peut finir :

1° *Par la preuve acquise du décès de l'absent :* sa succession est alors ouverte au profit de ceux qui sont capables de lui succéder *à cette époque du décès;*

2° *Par la preuve acquise de son existence.*

Quid, lorsqu'elle cesse par la preuve acquise du *décès* ou de l'*existence* de l'absent ?

Dans l'un et l'autre de ces deux cas, la justice peut maintenir les mesures qu'elle a ordonnées, ou en ordonner de nouvelles, tant que les héritiers de l'absent, ou l'absent lui-même, se trouvent dans l'impossibilité de pourvoir à l'administration de ses biens.

3° *Par le jugement de déclaration d'absence.*

CHAPITRE II. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

Art. 115.

Le présumé absent

380. — I. OBSERVATION. — Pendant la première période, la *présomption d'absence,* la position de l'absent n'a rien de bien fâcheux

pour lui. Ses biens sont-ils en souffrance, on y pourvoit. Produisent-ils des fruits ou des revenus, on les perçoit et on les capitalise à son profit. Tout est pour le mieux! Il n'en est plus de même après la déclaration d'absence. Cette déclaration donne lieu à l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent au profit de ses héritiers présomptifs (art. 120). Ceux-ci en ont grand soin, sans doute; s'il reparaît, il retrouvera son capital intact. Mais les envoyés en possession provisoire gardent pour eux, dans la limite des quatre cinquièmes ou des neuf dixièmes au moins, lorsqu'ils ne les conservent point pour le tout, les fruits qu'ils ont perçus ou recueillis en administrant son patrimoine (art. 127).

n'a-t-il pas intérêt à ce que la déclaration de son absence ne soit pas prononcée ; et, quand elle est absolument nécessaire, à ce qu'elle ait lieu le plus tard possible ?

Ainsi, la déclaration d'absence entraîne avec elle un résultat désastreux pour l'absent, la perte de la totalité ou de la presque totalité de ses revenus! Il a donc intérêt à ce qu'elle ne soit pas prononcée, et, quand elle est absolument nécessaire, à ce qu'elle ait lieu le plus tard possible.

Cette observation est fort importante; elle explique et justifie la plupart des règles de la déclaration d'absence.

381. — II. Quelles personnes ont qualité pour provoquer la déclaration d'absence. — Le droit de requérir la déclaration d'absence, de même que la faculté de requérir, pendant la présomption d'absence, les mesures conservatoires des biens de l'absent, appartient *aux parties intéressées*. Mais que faut-il entendre ici par *parties intéressées ?* Ces expressions ont-elles, dans l'article 115, le même sens que dans l'article 112 (voy. les n°s 367 et s.)? Désignent-elles les mêmes personnes? La négative est aujourd'hui à peu près universellement admise.

Quelles personnes ont qualité pour provoquer la déclaration d'absence?

Les *parties intéressées* auxquelles l'art. 115 confère le droit de la provoquer sont-elles les mêmes *parties intéressées* que celles auxquelles l'art. 112 confère le droit de requérir les mesures conservatoires?

Le procureur de la République et les créanciers du présumé absent peuvent requérir les mesures nécessaires à la conservation de ses biens. Sous ce rapport, la loi les range parmi *les parties intéressées* (voy. les n°s 368 et 371).

Il n'en est point de même pour *la déclaration d'absence*. Le procureur de la République doit la combattre plutôt que la demander : car l'absent, dont les intérêts lui sont confiés, a tout à perdre en passant de la première dans la seconde période de l'absence.

Le ministère public peut-il provoquer la déclaration d'absence?

382. — Il faut en dire autant quant à ses créanciers. L'intérêt est, en effet, la condition *sine quâ non* de toute action. Or, quel intérêt ont-ils à faire mettre leur débiteur en état de déclaration d'absence? Aucun! Loin de leur être favorable, la déclaration d'absence leur causerait un double inconvénient :

Les créanciers de l'absent le peuvent-ils?

1° En privant leur débiteur d'une portion notable de ses revenus, elle diminuerait leur gage, et, par suite, leur chance d'être payés;

2° En fractionnant sa fortune entre ses héritiers présomptifs, elle amènerait la division de la créance : au lieu d'une demande *unique* qu'ils auraient à diriger contre lui s'il restait en état de présomption d'absence, il leur faudrait, à leur grand préjudice,

fractionner leurs poursuites, et agir séparément contre chacun des envoyés en possession provisoire, pour sa part et portion (1).

Que faut-il donc entendre ici par *parties intéressées ?*

383. — Les parties intéressées à obtenir la déclaration d'absence sont celles qui ont sur les biens de l'absent des *droits subordonnés à la condition de son décès,* c'est-à-dire des droits qui ne doivent s'ouvrir à leur profit, ou qu'elles ne peuvent exercer, qu'à cette époque. Elles seules peuvent la demander, parce qu'elles seules ont intérêt à l'obtenir. Leur intérêt est facile à comprendre. Une fois que l'absence est déclarée, tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent obtiennent provisoirement, mais dès à présent, la possession ou l'exercice de ces mêmes droits (voy. les nos 396 et suiv.) (2).

Art. 115, 121 et 122.

Quand peut être provoquée la déclaration d'absence ? Quel est le fondement de la distinction que la loi fait à cet égard ?

384. — III. QUAND PEUT ÊTRE PROVOQUÉE LA DÉCLARATION D'ABSENCE. — L'époque à partir de laquelle peut être formée la demande en déclaration d'absence n'est pas toujours la même ; la loi distingue à cet égard si, avant de partir, le présumé absent a ou n'a pas laissé sa procuration, c'est-à-dire s'il a ou non confié à un mandataire le soin de ses affaires.

Au premier cas, la demande en déclaration d'absence ne peut être formée qu'après *dix* années révolues depuis la disparition ou les dernières nouvelles. Elle peut l'être, au second, *quatre* ans après la même époque.

Cette distinction est d'ailleurs fort sage.

La personne qui ne s'absente qu'après avoir pris soin de confier la gestion de ses affaires à un mandataire a évidemment prévu une longue absence, puisqu'elle a pourvu au principal besoin qu'elle entraîne. Son silence n'a rien d'insolite, il s'explique naturellement : elle ne donne point de ses nouvelles, parce qu'en réglant à l'avance ses affaires, elle s'est dispensée de la nécessité d'une correspondance. La régularité de sa position, en expliquant

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 270 ; Dur., t. I, nos 415 et 420 *bis ;* MM. Demol., t. II, no 89 ; Laurent, t. II, no 158. — La loi du 13 janvier 1817, *sur les militaires absents* (dont les dispositions ont été remises en vigueur par la loi du 9 août 1871), a rangé les créanciers parmi les parties intéressées à provoquer la déclaration d'absence. Quelques personnes ne voient là qu'une simple inadvertance. Ce n'est pas l'avis de Demante. « Le législateur, dit-il, a probablement pensé que les créanciers peuvent avoir intérêt à l'établissement d'un système général d'administration. N'est-ce pas, en effet, pour eux, un moyen d'assurer mieux la conservation de leur gage, et d'arriver plus économiquement et plus promptement à être payés » (t. I, no 145 *bis*, I) ? Les mesures conservatoires ont exclusivement pour objet d'empêcher le dépérissement des biens ; l'envoi en possession provisoire peut contribuer à leur amélioration. Sous ce rapport encore, les créanciers peuvent avoir intérêt à ce qu'il ait lieu. J'ajoute que l'attribution des fruits aux envoyés en possession provisoire ne peut pas nuire aux créanciers : car, si je ne me trompe, cette attribution n'a pas lieu quant à eux, elle ne leur est pas opposable. Les envoyés en possession sont, en effet, des héritiers provisoires ; or, les fruits d'une succession, de même que les capitaux qui la composent, sont destinés et affectés au paiement de ses dettes.

(2) Dur., t. I, no 416 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 269 ; MM. Demol., t. II, no 59 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 115 ; Aubry et Rau, t. I, § 151.

son absence, rend son retour probable : ce n'est donc qu'après de longues années qu'on peut commencer à désespérer de la voir revenir; c'est alors seulement que la présomption de mort, devenue sérieuse, légitime la poursuite en déclaration d'absence.

Il n'en est pas de même de l'absent qui n'a point laissé de procuration. Son silence ne s'explique point; rien ne le justifie. L'espoir de son retour se perd donc naturellement plus tôt dans ce cas que dans le premier; la présomption de son décès vient plus vite. De là la différence entre les deux cas.

Quid, si la procuration laissée par l'absent a cessé *après* son départ, ou même *avant*, mais à son insu?

385. — Lorsque, par une cause quelconque, et, par exemple, par la mort du mandataire, la procuration laissée par l'absent vient à cesser *après* son départ, ou même *avant*, s'il n'a pas eu connaissance de l'événement qui l'a fait cesser, la cessation fortuite de la procuration n'affaiblit en aucune façon les inductions favorables que la loi tire de son existence. La circonstance que l'absent n'est parti qu'après avoir pris soin de régler ses affaires subsiste dans toute sa force. Le silence qu'il garde restant expliqué, il n'y a aucune raison de restreindre le délai après lequel la déclaration de son absence pourra être provoquée. Ainsi, soit que la procuration ait produit tout son effet, soit qu'elle ait cessé avant le retour de l'absent, la demande en déclaration de son absence ne peut être formée qu'après dix ans depuis son départ ou ses dernières nouvelles.

Que fait-on alors, si ses biens sont en souffrance?

Que si, dans le second cas, les biens de l'absent sont en souffrance, on retombe alors dans l'hypothèse réglée par l'article 112, ce qui amène l'application des règles générales sur la présomption d'absence (art. 122).

Faut-il, pour que le présumé absent jouisse du délai de dix ans qu'il ait laissé une procuration *générale* ?

386. — Il n'est pas nécessaire, pour que l'absent jouisse du privilège de dix ans, qu'il ait laissé une procuration *générale* : la loi, en effet, ne l'exige point.

Ce privilège est-il attaché à toute espèce de procuration?

387. — Réciproquement, ce privilège n'est point attaché à toute espèce de procuration : ainsi, par exemple, celle qui est relative *à une affaire toute spéciale* et peu importante, n'étant point de nature à expliquer, à justifier la disparition de l'absent et le silence qu'il garde, n'aurait point pour effet de retarder, pendant dix ans, la demande en déclaration d'absence. Les juges ont, à cet égard, un certain pouvoir d'appréciation; c'est à eux qu'il appartient de décider si la procuration qu'a laissée l'absent se rattache à des intérêts assez importants pour qu'elle puisse faire présumer chez lui l'intention de rester longtemps hors de son domicile (1).

Lorsque la procuration a été donnée pour *moins* de dix ans, la déclaration d'absence peut-elle être provoquée quatre ans après

388. — Mais, si la procuration a été donnée pour *moins* de dix ans, par exemple pour deux ans, la déclaration d'absence peut-elle être provoquée quatre ans après la cessation de la procuration, ou ne peut-elle l'être que dix ans après la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles?

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 273 ; Dur., t. I, nº 412 ; MM. Demol., t. I, nº 54 ; Aubry et Rau, t. I, § 151, note 3.

la cessation de la procuration, ou seulement dix ans après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent?

M. Duranton (t. I, n° 411) tient pour le second parti. Aux termes de l'article 122, dit-il, le délai de dix ans n'est pas abrégé par *la cessation* de la procuration; or, la loi ne distingue pas si la procuration a cessé d'avoir son effet par l'expiration du temps pour lequel elle a été donnée ou par une autre cause. La règle est absolue! donc..., etc. Il est d'ailleurs permis de supposer que, si l'absent ne se hâte pas de revenir, c'est qu'il espère que le mandataire auquel il a donné sa confiance n'abandonnera pas, après l'expiration de son mandat, la gestion dont il est chargé.

Delvincourt (t. I, p. 48), au contraire, est pour le premier parti. Si la cessation *fortuite* de la procuration n'abrège point le délai de dix ans, c'est qu'elle ne fait aucun obstacle aux inductions à tirer de la circonstance que l'absent a pourvu à la gestion de ses affaires pour le temps de son absence. Mais il n'en est plus de même lorsque la procuration a cessé par l'expiration du temps pour lequel elle a été donnée. Cette cessation étant connue de l'absent, rien n'explique plus, pour l'avenir, la persévérance de son silence : c'est donc comme si en réalité il n'avait point laissé de procuration.

Dans un troisième système, on laisse aux juges le soin de décider la question d'après les circonstances (1).

Quid, si la procuration a été donnée pour *plus* de dix ans?

389. — Quant à la procuration donnée *pour plus de dix ans,* pour vingt ans, par exemple, tout le monde convient qu'elle n'augmente point, nonobstant l'étendue de sa durée, le délai de dix ans après lequel la déclaration peut être demandée. La personne qui a disparu n'a pas pu, par sa volonté, arrêter indéfiniment l'effet des lois sur la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire.

Lorsque l'absent a donné de ses nouvelles, les quatre ou les dix ans comptent-ils de la date *des nouvelles* ou de la date *de leur réception?*

390. — Le point de départ des quatre ou des dix années après lesquelles la déclaration d'absence peut être provoquée est déterminé par la date de la disparition de l'absent. S'il a depuis donné de ses nouvelles, le point de départ du délai n'est plus le même; mais quel est-il? Faut-il considérer la date même *des dernières nouvelles* ou la date de leur *réception?* Une lettre *datée* du 1er février a été *reçue* le 1er avril : les quatre ou les dix ans comptent-ils du 1er février, *date des nouvelles,* ou du 1er avril, *date de leur réception?*

Suivant l'opinion générale, c'est la date même des nouvelles qui fixe le point de départ de notre délai. Ce délai, a-t-on dit, commence avec l'incertitude de la vie de l'absent; or, la date de ses nouvelles ne prouve qu'une chose, savoir qu'il existait au moment où il les a écrites ou données. Dès cet instant, l'incertitude de la vie a repris son cours : car l'absent, qui existait certainement à la date de ses nouvelles, était mort *peut-être* au moment où elles ont été reçues (2).

(1) M. Demol., t. II, n° 55; M. Laurent, t. II, n. 155.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 271; Dem., t. I, p. 218; Demol., t. II, n° 57; Laurent, t. II, n° 156. — *Contrà*, MM. Dur., t. I, n° 414; Aubry et Rau, t. I, § 151, note 4; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 115.

Art. 119 et 117.

Quand l'absence peut-elle être déclarée?
Pourquoi la loi exige-t-elle l'intervalle d'un an entre la demande en déclaration d'absence et le jugement qui la prononce?

391. — IV. Quand l'absence peut être déclarée. — Elle ne peut l'être, au plus tôt, qu'*un an* après que la déclaration a été demandée (1) : la loi veut qu'il y ait au moins un an entre la *demande* en déclaration d'absence et le *jugement* qui l'accorde.

Cet intervalle entre la demande et le jugement est exigé :

1° Afin que la justice puisse prendre des renseignements, s'éclairer par des enquêtes, et prononcer en parfaite connaissance de cause : la déclaration d'absence devant enlever à l'absent une partie notable de ses revenus, il importe qu'elle ne soit pas prononcée témérairement ;

2° Afin de laisser à l'absent, si intéressé à retarder la déclaration de son absence, le temps de donner de ses nouvelles. Aussi la loi ordonne-t-elle que le jugement qui prescrit l'enquête soit rendu public (voy. l'art. 118 *in fine*). Cette publicité (c'est l'espoir de la loi) avertira l'absent du danger qu'il court et le mettra ainsi à même de le prévenir.

Combien d'années dure donc, au minimum, la présomption d'absence?
Le tribunal est-il dans la nécessité, passé ce délai, de déclarer l'absence?

Ainsi, en joignant aux quatre ou aux dix années après lesquelles la déclaration d'absence peut être *demandée* l'année après laquelle la déclaration peut être *prononcée,* on a un laps de temps de *cinq* ou de *onze* (2) années. C'est le *minimum* de la durée de la présomption d'absence. Je dis le *minimum,* parce que la justice n'est point dans la nécessité de déclarer l'absence immédiatement après l'expiration de ce délai. Elle a, à cet égard, un certain pouvoir discrétionnaire, que lui confère en ces termes l'article 117 : « Le tribunal, statuant sur la demande en déclaration d'absence, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles du présumé absent. » Ainsi, lorsque certaines circonstances connues expliquent naturellement le silence de l'absent, lorsqu'on sait, par exemple, qu'il est allé dans un pays avec lequel les communications sont depuis longtemps interrompues, ou s'il a annoncé en partant qu'il avait l'intention de faire un voyage de long cours, la justice peut très légitimement ne pas déclarer l'absence, quoiqu'il se soit écoulé cinq ou onze ans depuis les dernières nouvelles.

Art, 116 et 118.
Quelles sont les for-

392. — V. Des formes a suivre pour la déclaration d'absence. — La demande en déclaration d'absence doit être adressée au tri-

(1) L'art. 119 dit : un an après le *jugement qui ordonne l'enquête.* Voy., ci-dessous, les n°s 392 et 393.

(2) MM. Duc., Bonn. et Roust. pensent que, dans l'hypothèse où l'absent a laissé une procuration, la déclaration d'absence peut être demandée *neuf* ans après la disparition ou les dernières nouvelles, ce qui porte à *dix* ans seulement le délai après lequel l'absence peut être déclarée. Cette solution est contraire au texte de la loi ; mais, disent ces auteurs, il résulte de la discussion au Conseil d'État qu'on a voulu simplement *doubler,* pour l'absent qui a laissé une procuration, le délai ordinaire de cinq ans (voy., en effet, Fenet, t. VIII, p. 393, 452 et 453). — Toutefois, je dois faire remarquer, contre cette opinion, qu'il a été positivement dit au Tribunat qu'en cas de procuration, l'absence ne pourrait être déclarée qu'après *onze* ans (voy. Fenet, t. VIII, p. 460).

mes de la procédure en déclaration d'absence?
Quel est le tribunal compétent pour la déclarer?
Comment la demande est-elle formée?

bunal du domicile du présumé absent, ou, à défaut de domicile connu, au tribunal de sa résidence.

Elle est formée par requête présentée au président du tribunal, avec les pièces et les documents à l'appui. Cette requête énonce les faits relatifs à l'absence; le requérant termine en demandant l'autorisation de faire une enquête sur les faits qui servent de fondement à sa demande (voy. les *Form.* 50 et 50 *bis*).

Que peut faire le tribunal saisi de la demande?

Le tribunal peut, d'après les pièces et documents produits, et eu égard soit aux motifs de l'absence, soit aux causes qui ont empêché d'avoir des nouvelles du présumé absent, *rejeter* la demande *immédiatement et sans aucun examen;* c'est même ce qu'il *doit* faire lorsque la demande est formée *avant* l'expiration du délai légal.

Peut-il déclarer l'absence sans enquête préalable?

Il ne peut l'*admettre*, au contraire, qu'*après enquête,* — Ainsi l'enquête, qui n'est pas nécessaire pour le rejet de la demande, est rigoureusement exigée pour la déclaration d'absence.

Comment est faite cette enquête?
Pourquoi le ministère public doit-il y être appelé?

L'enquête est faite contradictoirement avec le ministère public, qui, dans l'intérêt de l'absent qu'il représente, s'efforce de retarder autant que possible la déclaration qui doit le priver, dans l'avenir, d'une portion notable de ses revenus. — Ainsi, le procureur de la République doit être assigné pour être présent à l'enquête, et pour y contredire, par les témoins qu'il produit, le témoignage de ceux qui déposent à la requête du demandeur en déclaration d'absence.

Où doit-elle être faite?

Enfin elle doit être faite dans l'arrondissement du *domicile* de l'absent et dans celui de sa *résidence,* s'ils sont distincts l'un de l'autre.

Pourquoi le jugement préparatoire qui ordonne l'enquête et le jugement définitif qui déclare l'absence doivent-ils être rendus publics?

393. — Les jugements *préparatoire* (celui qui ordonne l'enquête) et *définitif* (celui qui déclare l'absence) doivent, dès qu'ils sont rendus, être envoyés par le procureur de la République au Ministre de la justice, qui les rend publics par la voie du *Journal officiel*. Cette publicité a pour objet d'avertir, s'il est possible, le présumé absent de la condition fâcheuse dans laquelle il est déjà placé, et de lui fournir le moyen de la prévenir ou de la faire cesser au plus tôt. C'est dans le même but que la loi exige qu'il y ait au moins l'intervalle d'un an entre les deux jugements (voy. le n° 391).

CHAPITRE III. — DES EFFETS DE L'ABSENCE DÉCLARÉE.

394. — La loi règle dans ce chapitre, et dans trois sections distinctes, les effets de la déclaration d'absence :

1° Quant aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition;

2° Quant aux droits éventuels qui peuvent lui compéter;

3° Quant au mariage.

SECTION I. — DES EFFETS DE L'ABSENCE (DÉCLARÉE) QUANT AUX BIENS QUE L'ABSENT POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION.

395. — Nous traiterons sous cette section :

1° De l'envoi en possession provisoire, de ses effets, et des événements qui le font cesser;

2° Du droit qu'a l'époux commun en biens d'opter pour la continuation ou pour la dissolution provisoire de la communauté;

3° De l'envoi en possession définitif, de ses effets, et des événements qui y mettent fin.

§ I. *De l'envoi en possession provisoire et de ses effets.*

396. — I. CE QUE C'EST QUE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. — DES PERSONNES QUI ONT LE DROIT DE L'OBTENIR. — L'absent, qu'il soit dans la première ou qu'il soit dans la seconde période de l'absence, n'est, aux yeux de la loi, ni vivant ni mort : *son existence est incertaine.* Il semble dès lors que l'ouverture de sa succession devrait rester suspendue tant que dure cette incertitude : car, aux termes de l'article 718, la succession ne s'ouvre que par la mort. Art. 120. Quel est l'effet du jugement déclaratif d'absence ?

Cependant, lorsque son absence s'est assez prolongée pour donner lieu à un jugement de déclaration, la présomption de son décès étant alors plus forte que la présomption de son existence, la loi le considère *provisoirement* comme mort, à partir du jour où il a donné le dernier signe de son existence : en conséquence, la déclaration de son absence ouvre, *provisoirement, du jour de* SA DISPARITION *ou de* SES DERNIÈRES NOUVELLES, tous les droits que son décès, s'il était prouvé, ouvrirait *définitivement.* Ceux au profit desquels ces droits s'ouvrent peuvent, sur leur demande, être autorisés à les exercer dès à présent. Cet exercice *provisoire* des droits existant sur les biens de l'absent et subordonnés à la condition de son décès, constitue ce qu'on appelle *l'envoi en possession provisoire.* Qu'est-ce que *l'envoi en possession provisoire?*

397. — L'envoi en possession provisoire peut être demandé par tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès. Ainsi, par exemple, il peut l'être : Quelles personnes peuvent le demander?

398. — 1° Par *ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles* (1). — La déclaration d'absence Les héritiers présomptifs de l'absent y ont droit; mais ses hé-

(1) Pris à la lettre, l'article 120 conduirait à dire que les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, n'ont droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens *qu'autant qu'il n'a point laissé de procuration pour l'administration de ses biens.* Mais tout le monde sait que cette phrase : « Lorsqu'il n'a pas laissé de procuration... » n'est due qu'à un oubli du législateur. Elle se rattache à un système qui avait été proposé, mais qui ne prévalut point. L'existence de la procuration devait, dans le projet du Code, retarder, non pas la *déclaration d'absence,* mais l'*envoi en possession*

ritiers présomptifs *à quel moment ?*

ouvre provisoirement la succession de l'absent; mais cette ouverture provisoire remonte, quant à ses effets, *au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles*.

C'est donc à ce moment, c'est-à-dire au moment où l'absent a donné le dernier signe de vie, et non pas au moment de la déclaration de son absence, qu'il faut se placer pour reconnaître quels sont, parmi ses parents, ceux au profit desquels sa succession s'est provisoirement ouverte, et qui, par suite, ont droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens.

A qui appartient le droit d'obtenir l'envoi en possession provisoire lorsque ceux qui étaient, *au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*, ses héritiers présomptifs, sont morts avant le jugement déclaratif de l'absence?

Ceux qui, s'il était réellement mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, seraient ses héritiers *définitifs*, deviennent, par l'effet de la déclaration de son absence, ses héritiers *provisoires*. Ce droit de succession s'est ouvert dans leur personne dès l'instant de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, *sous la condition suspensive de la déclaration d'absence;* or un droit, quoique conditionnel, est transmissible aux héritiers de la personne qui en est investie (art. 1179). De là cette conséquence : si les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent meurent avant que son absence ait été déclarée, le droit d'obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens appartient à leurs propres héritiers, quels qu'ils soient, testamentaires ou légitimes.

Ainsi, le droit d'obtenir l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent compète, non pas à ceux qui occupent le premier rang de la successibilité au moment de la déclaration d'absence, mais à ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, s'ils existent encore au moment de la déclaration, ou, dans le cas contraire, à leurs propres héritiers. — Parcourons quelques espèces.

Au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, l'absent avait deux cousins germains; l'un d'eux, qui est décédé avant la déclaration d'absence, a laissé des enfants : à qui appartient le droit à l'envoi en possession provisoire?

399. — L'absent avait, au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, deux cousins germains, *Primus* et *Secundus; Primus,* qui est décédé avant la déclaration d'absence, a laissé des enfants : si l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent compétait aux héritiers présomptifs *au moment de la déclaration d'absence,* le droit de le demander appartiendrait uniquement à *Secundus,* qui, étant plus proche parent que les en-

provisoire. Ainsi, lorsque l'absent avait laissé un procureur fondé, la déclaration de son absence pouvait être prononcée cinq ans après sa disparition ou ses dernières nouvelles; quant à l'envoi en possession provisoire de ses biens, il était retardé : la demande n'en pouvait être formée qu'autant qu'il s'était écoulé dix ans depuis la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles. De là la phrase qui se trouve en tête de l'article 120. Ce système fut abandonné. On admit, d'une part, que l'existence de la procuration suspendrait la déclaration elle-même, et, d'autre part, que la déclaration d'absence, à quelque époque qu'elle eût lieu, donnerait toujours ouverture à l'envoi en possession provisoire. Cette innovation aurait dû amener la radiation de cette première phrase de l'article 120 : « Dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens; » mais par mégarde elle y a été laissée. — Voy. MM. Demol., t. II, nº 50; Val., *Cours de C. civ.*, p. 154.

fants de *Primus*, les exclurait. Dans le système qu'a suivi la loi, les choses devant se passer comme elles se passeraient si en réalité l'absent déclaré était mort au moment où il a disparu ou donné ses dernières nouvelles, le droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens appartient, non seulement à *Secundus*, qui a survécu à la déclaration d'absence, mais aussi aux enfants de *Primus* qui est prédécédé. Ce droit s'était, en effet, ouvert dans sa personne en même temps que dans celle de *Secundus;* en mourant, il l'a transmis, confondu avec ses autres droits, à ses propres héritiers.

Au moment de sa disparition, l'absent n'avait pour héritiers présomptifs que son père et des collatéraux maternels; *au moment de la déclaration de son absence*, on compte : 1° son père, 2° des collatéraux maternels, 3° des frères et sœurs nés d'un second mariage contracté par le père pendant l'intervalle de la *disparition* à la *déclaration*. A qui compète le droit à l'envoi en possession provisoire ?

400. — Au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, l'absent n'avait pour héritiers présomptifs que son père et des *collatéraux maternels*. Au moment de la déclaration de son absence, on compte : 1° ses collatéraux maternels; 2° son père; 3° des frères et sœurs nés d'un second mariage contracté par le père pendant l'intervalle de la disparition à la déclaration : — à qui compète le droit de demander l'envoi en possession provisoire de ses biens? Si l'on devait se placer *au moment de la déclaration* de son absence pour apprécier les titres des divers prétendants, sa succession appartiendrait provisoirement à son père et à ses frères et sœurs, conformément à l'article 749 : ses *collatéraux maternels* seraient exclus. Mais sa succession étant réputée ouverte, le jour de la disparition, au profit de ses héritiers présomptifs *à ce moment*, elle appartient à son père et à ses collatéraux maternels, conformément à l'article 753; ses frères et sœurs sont exclus.

Au moment de sa disparition, l'absent avait pour héritier présomptif un frère qui, depuis, est décédé, laissant un légataire universel : à qui compète le droit à l'envoi en possession ?

401. — L'absent, au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avait pour héritier présomptif un frère; celui-ci est mort depuis, mais avec un héritier testamentaire : — dans ce cas, aucun parent de l'absent n'a droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens; ce droit appartient à l'héritier testamentaire, qui l'a trouvé dans la succession du frère dans la personne duquel il était ouvert.

Quid, si le décès de l'absent reste à jamais inconnu ?

402. — Ces résultats, du reste, ne sont que *provisoires*.

Ils seront *définitifs* si l'époque du décès de l'absent *reste à jamais inconnue :* il y a alors présomption légale que l'absent est *réellement* mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Quid, lorsqu'on découvre l'époque précise de son décès?

Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsqu'on découvre l'époque précise du décès de l'absent, la réalité, étant connue, remplace le provisoire. Sa succession s'ouvre alors, par son décès, au profit de ceux qui sont ses héritiers à cette époque. Dans ce cas encore, le provisoire reste *définitif*, si les envoyés en possession provisoire se trouvent être, au moment du décès, ceux qui occupent le premier rang de la successibilité; si, au contraire, ils ne sont plus, à cette époque, les héritiers de l'absent décédé, ce qui est possible, ainsi que je l'ai montré par les espèces précédentes, le provisoire est remplacé par la réalité : les envoyés en possession

restituent alors les biens dont ils avaient été nantis provisoirement à ceux qui, les excluant, succèdent à leur place.

Art. 123.

Les légataires de l'absent ont-ils droit à l'envoi en possession provisoire des biens qu'il leur a légués ?

Lorsque les héritiers présomptifs restent dans l'inaction, les légataires peuvent-ils eux-mêmes provoquer la déclaration d'absence?

Lorsque les héritiers présomptifs, après avoir fait déclarer l'absence, ne demandent point l'envoi en possession provisoire, ceux qui se croient légataires ou le ministère public peuvent-ils exiger l'ouverture du testament?

Dans le même cas, si le testament n'a pas besoin d'être ouvert, s'il est public, par exemple, les légataires connus peuvent-ils obtenir l'envoi en possession provisoire des biens qui leur ont été légués

403. — 2° Par *les légataires.* — Ils obtiennent la possession *provisoire* des biens dont ils auraient la propriété *définitive* s'il était établi que l'absent est réellement décédé au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Voici sur ce point la disposition de la loi : « *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire,* le testament, s'il en existe un, sera ouvert, à la réquisition des parties intéressées ou du procureur de la République, et les légataires pourront exercer provisoirement le droit de succession testamentaire ouvert à leur profit. » Ainsi, d'après le texte de la loi, l'ouverture du testament, et, par suite, l'envoi des légataires en possession provisoire des biens qui leur ont été légués, sont subordonnés à cette condition suspensive : *Si les héritiers légitimes ont préalablement provoqué la déclaration d'absence, et obtenu l'envoi en possession provisoire de la succession légitime de l'absent.* D'où cette double conséquence : 1° lorsque les héritiers présomptifs de l'absent restent dans l'inaction, ses légataires n'ont pas qualité pour provoquer eux-mêmes la déclaration d'absence ; 2° lorsque ses héritiers présomptifs, après avoir fait déclarer son absence, ne demandent point l'envoi en possession provisoire, personne n'a le droit d'exiger l'ouverture du testament, ni ceux qui se croient légataires, ni le procureur de la République. Si le testament n'a pas besoin d'être ouvert parce qu'il est *public,* ou *olographe,* mais non scellé ou cacheté (1), les légataires connus ne peuvent point obtenir l'envoi en possession provisoire des biens qui leur ont été légués.

Cette application rigoureuse du texte même de la loi n'est pas suivie en pratique; les auteurs la rejettent également. « L'article 123 statue, dit-on, sur le *plerumque fit :* il suppose le cas le plus ordinaire, celui où les héritiers présomptifs, prenant l'initiative, ont fait déclarer l'absence et obtenu l'envoi en possession provisoire. Mais, en prévoyant spécialement cette hypothèse, en traçant la marche qui sera le plus fréquemment suivie, la loi n'a pas entendu l'imposer comme règle générale et obligatoire : autrement il faudrait dire, ce qui serait absurde, que l'application des règles qu'elle a tracées sur la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire est subordonnée *au bon ou au mauvais vouloir des héritiers présomptifs!* On conçoit, en effet, qu'ils ne se presseraient point de faire déclarer l'absence et de se faire envoyer en possession provisoire, lorsqu'ils se trouveraient en présence d'un légataire auquel ils seraient tenus de restituer immédiatement les biens qu'ils auraient obtenus : ce serait se donner trop de peine pour le profit d'autrui !

(1) Les testaments *mystique* (secret), ou *olographe et scellé,* sont les seuls qui ont besoin d'être ouverts (art. 1007).

« Or, la loi a-t-elle pu livrer ainsi à la merci des héritiers présomptifs le droit des légataires, ou plus généralement celui des autres parties intéressées, leur donner la faculté de laisser perpétuellement inappliquées les sages précautions qu'elle a prises dans l'intérêt même de l'ordre public? Personne ne le croira jamais » (1).

404. — Les légataires peuvent donc agir alors même que les héritiers présomptifs restent dans l'inaction. Voici, à cet égard, la marche qui doit être suivie :

Si on admet l'affirmative sur ces questions, comment devra-t-on procéder ?

Les personnes qui présument que le testament *clos et cacheté* qu'a laissé l'absent contient des legs à leur profit peuvent, par une sommation, mettre les héritiers présomptifs en demeure de demander la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire (voy. la *Form.* 52).

Les héritiers font-ils ce qui leur est demandé : le testament est alors ouvert en leur présence ; les légataires qui y sont désignés se font ensuite envoyer par eux en possession des biens qui leur ont été légués.

Les héritiers persistent-ils dans leur inaction : les personnes présumées légataires obtiennent, par le ministère du procureur de la République, l'ouverture du testament (voy. la *Form.* 53), après quoi elles peuvent elles-mêmes, d'une part, faire déclarer l'absence, et, d'autre part, faire nommer un curateur qui, après vérification faite, leur délivre les biens auxquels elles ont droit.

S'agit-il de légataires dont le droit est écrit dans un testament *non fermé* et qu'ils produisent : ils peuvent directement, et sans réquisition préalable aux héritiers présomptifs, poursuivre la *déclaration d'absence :* ce droit, en effet, appartient à toute personne intéressée, sous la seule condition de justifier de sa qualité (art. 115). Quant à l'*envoi en possession provisoire des biens qui leur ont été légués,* ils ne peuvent le demander qu'après avoir préalablement mis en demeure les héritiers présomptifs de demander pour eux-mêmes l'envoi en possession provisoire du patrimoine de l'absent (Argum. tiré de l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817, *sur les militaires absents*).

405. — Toutefois, la nécessité de cette mise en demeure ne regarde que les légataires qui n'ont point la saisine, ou qui, ayant la saisine (art. 1006), sont institués dans un testament clos et cacheté. Ceux qui ont la saisine, et dont le droit est établi par un testament non cacheté qu'ils produisent, peuvent agir *directement,* c'est-à-dire sans être obligés de mettre préalablement en demeure les parents au degré successible : alors, en effet, ils tiennent la place des héritiers présomptifs (2).

406. — 3° Par *les donataires*. — La donation est un contrat par

Le donataires

(1) Proud. et Val., t. I, p. 269; MM. Demol., t. II, n° 60; Laurent, t. II, nos 164 et 165.

(2) Voy., en ce sens, Dem., t. I, n° 152 *bis*, I et II; Dur., t. I, no. 420; Proud.

l'absent peuvent-ils, comme ses légataires, avoir un intérêt subordonné à la condition de son décès? — Comment cela se peut-il, en présence de l'art. 894, qui définit la donation un acte par lequel le donateur se dépouille *actuellement* et *irrévocablement* de la chose donnée?

lequel le donateur se dépouille *actuellement* et *irrévocablement* de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte (art. 894). La donation produisant son effet *immédiatement,* le droit qu'elle transfère au donataire est indépendant de la vie ou de la mort du donateur : dès lors, comment peut-il se faire que le *donataire,* de même que le *légataire,* ait sur les biens de l'absent un *droit subordonné à la condition de son décès?*

L'hypothèse est, en effet, impossible, selon le droit commun. Mais, par exception, certaines donations, de même que les testaments, sont subordonnées, quant à leurs effets, au *prédécès* du donateur; je veux parler des donations dites *de biens à venir,* ou *institutions contractuelles,* que la loi permet en faveur du mariage. Ainsi, par exemple, je puis donner à Paul, qui se marie, et afin de faciliter son mariage, *tout ou partie des biens que je laisserai à mon décès.* Dans ce cas, Paul n'a sur mes biens qu'un droit éventuel, subordonné à la condition de mon décès : car, s'il meurt avant moi et sans enfants, la donation que je lui ai faite sera caduque (voy. l'expl. des art. 1082 et 1089). Il peut donc, lorsque je tombe en état d'absence déclarée, obtenir la possession provisoire des biens qu'il aura définitivement s'il me survit.

et Val., t. I, p. 297 et 298; MM. Demol., t. II, n° 75; Aubry et Rau, t. I, § 152, notes 11 et 14.

Ce système est fort sage, assurément; mais est-ce bien celui de la loi? Je n'en suis pas absolument convaincu. On ne le soutient qu'en mettant en relief l'injustice et l'inconséquence des résultats qu'entraînerait l'application judaïque et rigoureuse du texte même de l'art. 123; or, ces inconvénients, ces dangers, le législateur les connaissait, lorsqu'il adopta définitivement la rédaction de cet article; ils lui furent signalés par la Section *de législation* du Tribunat, qui demanda même formellement qu'on retranchât la phrase qui forme le commencement de notre article. L'envoi en possession provisoire étant purement facultatif pour les héritiers, on ne peut pas, disait-elle, remettre l'exercice du droit des légataires à l'époque d'un fait qui peut ne pas arriver; il est plus juste qu'on « permette l'exercice de ce droit après la déclaration d'absence, et que, dans le cas où il n'y a point d'envoi en possession provisoire, l'action des légataires puisse être formée contre un curateur *ad hoc* » (Fenet, t. VIII, p. 432). Cette proposition fut écartée; l'article dont on demandait la modification resta dans sa teneur primitive, c'est-à-dire ce qu'il est aujourd'hui.

On fit remarquer au Corps législatif qu'il y aurait des inconvénients à autoriser l'ouverture du testament d'un absent : car celui qui l'a fait a voulu, du moins on doit le présumer, qu'il ne fût ouvert et connu qu'après sa mort naturelle. Mais, ajoutait-on, il a été reconnu qu'il y aurait de l'injustice à priver les légataires de la jouissance des biens qui leur sont dévolus; que, puisqu'on envoyait les héritiers présomptifs en possession provisoire des biens de l'absent, ce qui est pour eux une succession anticipée, par une conséquence nécessaire et juste il fallait, *dans le cas seulement de l'envoi en possession des héritiers présomptifs,* donner aux légataires, aussi par anticipation, la jouissance de leurs legs (Fenet, t. VIII, p. 480). M. Leroy, dans son rapport au Tribunat, disait également que l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent *est la condition nécessaire* de l'ouverture du testament (Fenet, t. VIII, p. 469).

Ces considérations, tirées des travaux préparatoires du Code, sont appréciées par M. Laurent (*loc. cit.*). Elles ne l'empêchent pas de se rallier à l'opinion générale.

407. — 4° Par *les donateurs qui* ONT STIPULÉ LE DROIT DE RETOUR, c'est-à-dire qui, en se dépouillant actuellement de la chose donnée, ont stipulé que la donation sera caduque, et qu'en conséquence la chose donnée leur reviendra, *si le donataire meurt avant eux* (voy. l'expl. de l'art. 951). Dans ce cas, le donateur a, sur le bien qu'il a donné, un droit subordonné à la condition du décès du donataire : il peut donc, en cas d'absence de ce dernier, en obtenir la possession provisoire.

Les *donateurs* peuvent-ils avoir un droit subordonné à la condition du décès de l'absent?

408. — 5° Par *tous ceux qui sont propriétaires d'un bien dont l'absent est* USUFRUITIER. — L'usufruit s'éteignant par la mort de l'usufruitier et faisant alors retour à la nue-propriété (art. 617), ceux auxquels cette nue-propriété appartient ont, par là même, un droit subordonné à la condition de son décès (1).

Quelles autres personnes peuvent avoir un droit subordonné à la condition du décès de l'absent?

409. — II. QUELS SONT LES BIENS QUE PEUT COMPRENDRE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. — L'envoi en possession provisoire, étant fondé sur la présomption que l'absent est mort le jour où il a donné le dernier signe de vie, ne peut comprendre que les biens qui, *au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles,* composaient son patrimoine, c'est-à-dire les droits réels ou personnels dont il était alors nanti.

Quels sont les biens que peut comprendre l'envoi en possession provisoire?

Peu importe que ces droits soient purs et simples ou subordonnés à une condition : car les droits conditionnels, tout imparfaits qu'ils sont, constituent, dès à présent, un bien acquis, dont on peut disposer, qui figure dans notre patrimoine, et qui, par conséquent, passe avec lui à nos héritiers provisoires ou définitifs (art. 1179). — Il faut, toutefois, excepter ceux dont la nature est telle qu'ils ne peuvent s'ouvrir qu'autant que la personne qui a l'espoir de les recueillir *a survécu* à l'événement qui doit leur donner naissance : ainsi, les biens compris dans les successions ouvertes *depuis* l'absence, et qui appartiendraient à l'absent si son existence était prouvée, ne doivent pas être compris dans l'envoi en possession provisoire. Ces biens restent entre les mains de ceux qui les ont recueillis au défaut de l'absent, conformément à l'article 136.

410. — Les fruits que les biens de l'absent ont pu produire depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles sont évidemment compris dans l'envoi en possession provisoire : car, ayant été acquis et capitalisés au nom et dans l'intérêt de l'absent, ils ont naturellement accru la masse des biens qu'il avait avant sa disparition. Remarquez que les envoyés en possession provisoire les obtiennent, non pas comme des *fruits* régis par l'article 127, mais comme des *capitaux,* qui devront être rendus en totalité à l'absent s'il reparaît.

Les fruits produits par les biens de l'absent avant l'envoi en possession provisoire sont-ils compris? — A quel titre y sont-ils compris?
A qui sont-ils provisoirement remis

(1) L'envoi en possession provisoire peut encore être demandé par la personne appelée à une substitution dont l'absent est grevé. (Voy. les art. 1048 et suiv.)

Mais à qui seront-ils provisoirement remis ? A ceux qui recevront la possession provisoire des biens qui les ont produits. Ainsi, par exemple, les fruits produits par la chose léguée seront confiés au légataire ; les fruits provenant de la chose donnée avec clause de retour, au donateur ; ceux de la chose sur laquelle l'absent avait un droit d'usufruit, au nu-propriétaire. Chacune de ces personnes doit, en effet, recevoir *provisoirement* les biens qu'elle aurait eus, et les fruits qu'elle en aurait retirés *définitivement,* si l'absent était réellement mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Comment se demande l'envoi en possession provisoire? Faut-il, pour l'obtenir, deux jugements distincts et successifs, l'un qui déclare l'absence, l'autre qui prononce l'envoi en possession?

411. — III. COMMENT SE DEMANDE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. — L'envoi en possession provisoire se demande *en vertu du jugement qui a déclaré l'absence :* il faut donc, en principe, pour l'obtenir, deux jugements distincts et successifs, l'un qui déclare l'absence, l'autre qui prononce l'envoi en possession. Toutefois, les parties intéressées peuvent, par un seul et même acte, poursuivre la déclaration d'absence, et conclure à l'envoi en possession, auquel cas un seul jugement suffit ; tout ce que veut la loi, c'est que l'envoi n'ait pas lieu indépendamment de la déclaration (voy. les *Form.* 50 et 51).

Art. 126. La loi n'exige-t-elle point des envoyés en possession provisoire certaines garanties de restitution? N'ordonne-t-elle point certaines mesures conservatoires? Quelles sont ces garanties, quelles sont ces mesures? Sont-elles obligatoires? Le tribunal peut-il en dispenser les envoyés? *Quid,* lorsqu'ils ne trouvent point de caution?

412. — IV. DES GARANTIES DE RESTITUTION ET DES MESURES CONSERVATOIRES QUE LA LOI EXIGE OU PRESCRIT EN PRÉVISION DU RETOUR DE L'ABSENT. — Ces garanties et mesures conservatoires sont :

1° Le cautionnement et l'inventaire : cette mesure est toujours *obligatoire ;*

2° La vente des meubles et le placement des capitaux : cette mesure est laissée *à l'appréciation du tribunal ;*

3° La constatation de l'état des immeubles : cette mesure est *facultative.*

413. — Ainsi, 1° les envoyés en possession provisoire DOIVENT :

D'une part, *fournir caution pour sûreté de leur administration* (art. 120 *in fine*). La caution est reçue par le tribunal, en présence du procureur de la République. Le tribunal ne la reçoit qu'autant qu'elle réunit les conditions prescrites par les articles 2018, 2019 et 2040. Les envoyés en possession provisoire qui ne trouvent point de caution sont admis à donner à la place une garantie d'une autre nature, par exemple, une bonne et suffisante hypothèque (art. 2041) ; s'ils ne peuvent ni fournir une caution, ni donner à sa place une autre garantie suffisante, on peut, par analogie, leur faire l'application des articles 602 et 603 (1) (voy. les *Form.* 54 à 56).

D'autre part, *faire procéder à l'inventaire des meubles et des titres de l'absent, en présence du procureur de la République ou*

(1) Telle est l'opinion générale (voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 152, p. 603, note 9). Je l'ai combattue dans la *Rev. prat.*, t. I, p. 132. Comp. M. Laurent, t. II, n° 171.

d'un juge de paix par lui commis (voy. la *Form.* 60). Il est utile de constater ce que les envoyés recueillent, afin, s'il y a lieu, de savoir ce qu'ils devront rendre.

2° *Le tribunal* PEUT, *lorsqu'il l'estime convenable, leur imposer l'obligation de vendre les meubles et de faire emploi du prix en provenant* (voy. la *Form.* 59). Ainsi, la question de savoir si les envoyés en possession provisoire vendront les meubles, ou s'ils les garderont en nature, est entièrement abandonnée à l'appréciation du tribunal, qui la résoudra suivant les circonstances, en ayant égard à la nature des meubles et à la qualité des envoyés en possession. Il convient, par exemple, que les choses qui dépérissent par le temps, ou dont la conservation est difficile et dispendieuse, telles que les denrées, les marchandises à la mode, les chevaux et la plupart des meubles meublants, soient transformés en un capital dont la nature est d'aller toujours en grossissant par l'accumulation des intérêts qu'on peut lui faire produire. On devra, au contraire, être plus réservé en ce qui concerne les tableaux, les livres et autres objets auxquels l'absent attache peut-être un prix d'affection. Mais, dans l'un et l'autre cas, la qualité de l'envoyé en possession devra être prise en considération. Ainsi, bien qu'il importe peut-être à l'absent que tels ou tels meubles soient *conservés* ou *vendus,* les juges pourront néanmoins ordonner la *vente* ou la *conservation,* lorsque cette mesure est réclamée par *son fils* et dans un intérêt légitime.

Dans quel cas le tribunal ordonne-t-il la vente des meubles?

414. — La loi n'indique point les *formes* à suivre pour la vente des meubles. C'est donc un point laissé à l'appréciation du tribunal, qui peut ordonner qu'ils seront vendus à l'amiable ou suivant les formes prescrites pour la vente des biens mobiliers appartenant à un mineur, c'est-à-dire aux enchères et après affiches (art. 452, C. civ.).

Quelles sont les formes de cette vente?

415. — Elle n'indique point non plus la manière dont il devra être fait emploi du prix des meubles; elle garde également le silence sur le délai dans lequel l'emploi devra être fait. Ces deux points encore devront être réglés par le tribunal.

Quel emploi doit-on faire de l'argent qui en provient?

416. — 3° *Les envoyés en possession provisoire peuvent,* LORSQU'ILS LE JUGENT CONVENABLE, *demander, pour leur propre sûreté, qu'il soit procédé par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, afin d'en faire constater l'état* (voy. la *Form.* 58). Le rapport de l'expert doit être homologué, c'est-à-dire approuvé, par le tribunal en présence du procureur de la République. — A défaut de cette visite des immeubles, les envoyés en possession sont présumés les avoir reçus en bon état, sauf à eux à faire preuve du contraire (voy., à ce sujet, les art. 1730 et 1731).

Quelle faculté la loi accorde-t-elle aux envoyés, relativement aux *immeubles?* *Quid,* s'ils n'usent point de cette faculté?

Les frais que cette visite occasionne sont « à la charge de l'absent. » — J'en dis autant, par analogie, et même par *a fortiori,* des frais auxquels donnent lieu les autres mesures... Par *a fortiori...* : car ces mesures profitent à l'absent, tandis que la visite des

Qui supporte les frais occasionnés par ces différentes mesures?

immeubles est tout entière dans l'intérêt des envoyés en possession.

Art. 125 et 128.

Quelle est la nature du droit des envoyés en possession? La loi le qualifie-t-elle exactement, lorsqu'elle dit que l'envoi en possession provisoire n'est qu'un *dépôt?* Quels rapports et quelles différences y a-t-il entre l'envoi en possession provisoire et un dépôt ?

417. — V. De la nature du droit des envoyés en possession provisoire; des actes qui leur sont permis et des actes qui leur sont défendus. — « La possession provisoire n'est qu'un *dépôt,* qui donne à ceux qui l'obtiennent l'*administration* des biens de l'absent, et qui les rend *comptables* envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles. »

« N'est qu'un *dépôt...* » Le *dépôt* est un contrat par lequel une personne reçoit une chose pour la garder, en avoir soin et la rendre à première réquisition. Les envoyés en possession provisoire reçoivent égalcment les biens de l'absent pour les garder, et à la charge de les rendre à qui de droit, dès qu'ils en seront requis. Sous ce double point de vue, la possession provisoire peut être assimilée au *dépôt.* Mais, sous d'autres rapports, elle en diffère essentiellement. Ainsi :

1° La possession provisoire comprend tous les biens de l'absent, *meubles* ou *immeubles;* le dépôt proprement dit ne s'applique qu'aux *meubles* (art. 1918).

2° Elle est *salariée* (voy. le n° 432); le dépôt est essentiellement *gratuit* (art. 1917.)

3° Elle confère le droit d'*administrer* les biens qu'elle a pour objet, et, par suite, le pouvoir de faire au nom de l'absent certains actes qui l'obligent, par exemple, des aliénations *conservatoires.* Le dépôt n'impose que des devoirs: son effet se borne à obliger le dépositaire à garder la chose et à la rendre en nature.

Quelle qualité ont donc les envoyés en possession provisoire ?

— Pour tout dire en un mot, les envoyés en possession provisoire ne sont point *propriétaires* des biens qu'ils possèdent; ils en sont simplement les gardiens, chargés de les administrer, sous l'obligation d'en rendre compte, mais sous la réserve à leur profit d'une forte portion des fruits qu'ils perçoivent. La qualification qui leur convient est, par conséquent, complexe. Je les appelle : des *dépositaires, administrateurs salariés* et *comptables.*

Quels actes peuvent-ils, en cette qualité, faire valablement, même à l'égard de l'absent ?

Les actes qu'ils font en qualité d'administrateurs comptables et dans la limite des pouvoirs que cette qualité comporte, devront être respectés par l'absent, en cas qu'il revienne ou qu'il donne de ses nouvelles.

Quels actes leur sont défendus ? Ces actes, s'ils les font, sont-ils nuls *ergà omnes* ?

Les actes qui dépassent ces limites, que le pouvoir d'administrer ne comporte point, les actes de disposition, comme l'aliénation des immeubles ou les constitutions d'hypothèques, sont nuls *quant à lui.* Mais, s'il ne reparaît point, et ne donne point de ses nouvelles, de sorte que l'époque de son décès reste à jamais inconnue (ou même s'il ne reparaît ou ne donne de ses nouvelles qu'après l'envoi en possession définitif), ces actes sont alors réguliers et obligatoires pour les parties qui les ont faits : car, les envoyés en possession provisoire étant *propriétaires,* sous la condition suspensive que la vie de l'absent restera au moins incertaine jusqu'à *l'envoi en possession définitif* (voy. le n° 468), les actes qu'ils ont passés en qualité d'administrateurs sont, aux yeux de la loi, *lorsque cette*

condition se réalise, réputés faits par des *propriétaires proprement dits* (art. 1179.)

418. — En résumé, les *actes d'administration* sont valables *ergà omnes,* c'est-à-dire tant à l'égard des parties qui les ont faits qu'à l'égard de l'absent, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles.

Quant aux *actes de disposition,* une distinction est nécessaire : *valables* entre les parties desquelles ils émanent (1), ils sont *nuls* quant à l'absent. Leur validité ou leur nullité dépend donc de l'avenir. Reste-t-on sans nouvelles de l'absent, arrive-t-on à l'envoi en possession définitif : les envoyés en possession provisoire étant réputés avoir été personnellement propriétaires le jour même de l'envoi provisoire, tous les actes qu'ils ont passés sont réguliers et valables. — L'absent donne-t-il de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitif, ou vient-on à découvrir que sa succession s'est ouverte, par son décès, à une époque où les envoyés en possession provisoire n'étaient pas ses héritiers présomptifs : ils n'ont été que des *administrateurs* du bien d'autrui : en conséquence, tous les actes de disposition qui émanent d'eux sont nuls, à moins pourtant qu'ils n'aient été faits *avec l'autorisation préalable du tribunal.*

419. — Mais quels actes sont *d'administration,* quels actes *de disposition ?* Là est la difficulté. — Quel sera, d'ailleurs, *pendant l'envoi en possession provisoire,* le sort des actes de disposition faits par les envoyés en possession ? La nullité peut-elle en être demandée par les tiers qu'ils intéressent ? peut-elle l'être par les envoyés eux-mêmes ?

Sur tous ces points, la loi est à peu près muette. On supplée à son silence par des analogies, tirées tantôt de la tutelle, tantôt du mandat, tantôt de la gestion d'affaires. Prenons des espèces.

Les envoyés peuvent-ils faire des réparations ? Sont-ils tenus de les faire ?

A la charge de qui sont les frais qu'elles occasionnent ?

420. — 1° *Réparations...* L'envoyé *peut* et *doit* les faire : les marchés qu'il passe à cet effet doivent être tenus et respectés, même par l'absent de retour. Quant aux frais qu'elles occasionnent, une distinction est nécessaire. C'est ordinairement avec ses capitaux qu'un propriétaire pourvoit aux *grosses réparations* (voy. l'art. 606) ; ce n'est, au contraire, qu'au moyen d'un prélèvement sur ses *revenus* qu'il fait face aux *réparations d'entretien.* De là cette double conséquence : 1° les *grosses réparations* restent pour le tout à la charge de l'absent, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles : car ses *capitaux* lui sont alors intégralement restitués. 2° *les réparations d'entretien,* au contraire, doivent, dans le même cas, être supportées par l'absent et par l'envoyé, proportionnellement à la portion de fruits restituée au premier et à la portion conservée par le second conformément à l'article 127 ; que si l'envoyé conserve tous les fruits, dans l'hypothèse prévue par le dernier alinéa du même article, elles restent alors exclusivement à sa charge.

(1) Voy. toutefois ce que nous disons ci-dessous, nos 423 et 424.

Les baux ou locations qu'ils font produisent-ils tout leur effet à leur égard ? *Quid*, à l'égard de l'absent?

421. — 2° *Location des biens*... Les baux ou locations faits par l'envoyé sont, quelle que soit leur durée, obligatoires, pour tout le temps stipulé, entre les parties; mais ils n'obligent l'absent de retour que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve au moment de son retour ou de ses dernières nouvelles (Argum. d'analogie tiré des art. 595, 1718, 1429 et 1430).

Les aliénations d'immeubles, les hypothèques, consenties par eux, sont-elles valables à l'égard de l'absent?

422. — 3° *Aliénations d'immeubles, constitutions d'hypothèques*... Ces actes de disposition sont-ils valables, à l'égard de l'absent qui est de retour ou qui a donné de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitif? On distingue : si l'envoyé les a passés de sa propre autorité, sans aucune formalité judiciaire, ils sont nuls en vertu du principe que nous avons posé ci-dessus. Ils sont valables, au contraire, si avant d'agir il a eu soin d'obtenir de la justice une autorisation préalable.

L'aliénation des immeubles et la constitution d'hypothèques sont, en effet, dans certains cas, des actes *conservatoires* et, partant, *nécessaires*. Qu'on suppose, par exemple, que l'absent a laissé des dettes contractées à 6 pour 100, et des immeubles dont le revenu ne dépasse pas 3 pour 100 par an, mais dont la valeur vénale égale le montant des dettes : si les choses restent dans cet état, sa ruine est imminente. Donc, s'il n'a pas laissé de capitaux disponibles, si ses biens mobiliers sont insuffisants, son intérêt bien entendu demande impérieusement qu'on éteigne, avec l'argent d'un ou de plusieurs de ses immeubles, les dettes qui le ruinent. — Ses immeubles sont en mauvais état; des réparations sont nécessaires, urgentes; il n'a point laissé d'argent; ses meubles sont insuffisants : force est donc de recourir à l'emprunt; mais les tiers qui consentent à prêter des fonds exigent une hypothèque.

L'envoyé peut s'adresser à la justice et se faire autoriser, dans le premier cas, à consentir l'aliénation, dans le second, à constituer l'hypothèque exigée comme condition du crédit que le prêteur accorde à l'absent. Cette autorisation lui donnant le pouvoir qui lui manque, les actes qu'il fait sous cette garantie sont tout aussi valables que ceux qui émanent d'un tuteur dûment autorisé.

Cette faculté qu'a la justice d'autoriser l'envoyé à faire des actes de *disposition*, lorsqu'ils sont nécessaires ou qu'ils présentent un avantage évident, est, en ce qui touche la *constitution d'hypothèque*, formellement consacrée par l'article 2126. On peut, d'ailleurs, et par *a fortiori*, l'induire, d'une manière générale, de l'article 112, qui, même pendant la période de la simple présomption d'absence, permet au tribunal d'ordonner les *mesures qu'il croit nécessaires*, et, par voie de conséquence, les aliénations d'immeubles, emprunts et constitutions d'hypothèques, lorsque les circonstances l'exigent (1).

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 286; Dur., t. I, n° 284; Dem., t. I, n° 157 *bis*;

423. — Les aliénations d'immeubles et les constitutions d'hypothèques, qui sont nulles *à l'égard de l'absent* lorsque l'envoyé les a faites *de sa propre autorité,* sont-elles valables *entre les parties?* Ainsi, d'abord la nullité de l'aliénation peut-elle être demandée par l'acheteur? peut-elle l'être par l'envoyé qui a vendu? La question se résout par une distinction.

Les aliénations d'immeubles et les constitutions d'hypothèques qui sont nulles à l'égard de l'absent, lorsque l'envoyé les a faites de sa propre autorité, sont-elles valables entre les parties? Ainsi, dans l'hypothèse d'une aliénation, la nullité peut-elle être demandée par l'acheteur contre l'envoyé?

La vente est régulière, valable, entre les parties, qui sont également tenues de la respecter, lorsque l'envoyé a vendu l'immeuble *comme bien d'absent* et en sa qualité d'envoyé. Il est alors réputé avoir cédé à l'acheteur ses droits tels quels, son droit éventuel à la propriété, en d'autres termes, son droit d'envoyé. C'est un contrat aléatoire, dont chacune des parties a volontairement accepté les chances : donc, quelles qu'elles soient, chacune d'elles doit les subir. Ainsi, l'acheteur prend, quant à la chose vendue, la place de l'envoyé.

Mais, s'il a vendu le bien de l'absent *comme sien,* s'il s'est posé dans la vente comme étant dès à présent propriétaire irrévocable de la chose vendue, l'acheteur, qui a été induit en erreur, peut demander la nullité de la vente. L'aliénation qui lui a été consentie est, en effet, soumise aux éventualités de l'avenir; or, il a voulu et il a cru acquérir, en échange du prix qu'il a promis, une propriété certaine et définitive. Ce serait, par conséquent, le lier malgré lui et lui imposer un contrat auquel il n'a pas donné son consentement, que le forcer de rester dans la position incertaine et précaire où il se trouve placé. — Que si, en fait, il a connu la vérité, s'il a su que le bien qu'on lui vendait était un bien d'absent, il doit alors tenir le contrat; sauf, s'il est plus tard évincé par l'absent, à recourir contre l'envoyé, en restitution du prix.

Quant à l'envoyé, le contrat tient toujours : il ne lui est pas permis d'en demander la nullité. Il serait, en effet, garant de l'éviction qu'il ferait subir à l'acheteur, et c'est un principe général que celui qui répond d'une éviction n'en peut pas devenir l'auteur : *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.*

L'envoyé peut-il la demander contre l'acheteur?

424. — L'hypothèque que l'envoyé a constituée de sa propre autorité est également valable à son égard et par les mêmes motifs. Mais le créancier au profit duquel elle existe peut-il, *dès à présent,* saisir l'immeuble et le faire vendre? La négative est généralement admise. Que saisirait-il, en effet? le droit éventuel de l'envoyé? Mais ce droit, n'étant point compris parmi les biens qui sont susceptibles d'expropriation forcée (art. 2204), ne peut pas être saisi (1)!

S'il a, de sa propre autorité, constitué une hypothèque, peut-il en demander la nullité? Mais le créancier hypothécaire peut-il, pendant l'envoi en possession provisoire, faire vendre l'immeuble hypothéqué?

425. — Nous venons de voir que l'envoyé ne peut point, de sa propre autorité, aliéner *les immeubles*, que ces aliénations sont

L'envoyé peut-il, de sa propre autorité, vendre les meubles, et

MM. Demol., t. II, n° 111; Aubry et Rau, t. I, § 153-1°; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 209; Laurent, t. II, n° 181.

(1) Dem., t. I, n° 157 *bis*, III et IV; M. Demol., t. II, n° 137. — M. Laurent enseigne (t. II, n° 182) que l'envoyé peut et doit agir en nullité pour conserver les droits de l'absent, sauf à être tenu comme garant.

les vendre valablement, même à l'égard de l'absent ?

nulles à l'égard de l'absent. La loi ne dit rien de semblable des *meubles*. En faut-il conclure qu'il peut les aliéner seul et sans aucune formalité? S'il s'agit d'un meuble corporel, et si l'acheteur qui le possède l'a reçu de bonne foi, aucune éviction n'est possible : la règle, *en fait de meubles, la possession vaut titre,* protège l'acheteur contre toute revendication (art. 2279). Mais, s'il est de mauvaise foi, s'il a su, en recevant le meuble qui lui a été livré, que l'aliénateur n'était qu'un *envoyé,* ou si, lorsqu'il est de bonne foi, la chose qu'il a reçue est *incorporelle* (1), l'absent de retour peut-il demander la nullité de la vente et reprendre la chose vendue? La solution de cette question dépend de la solution de celle que nous avons posée : l'envoyé peut-il *valablement* faire seul, et sans autorisation du tribunal, des ventes de meubles?

Pour l'affirmative, on argumente, par *a contrario,* de la disposition de l'article 128, qui, en prohibant expressément et spécialement l'aliénation des *immeubles,* autorise implicitement l'aliénation des *meubles*. Il est vrai que l'envoyé n'est qu'un administrateur; mais le droit d'administrer, quand il est très étendu, comprend le droit de disposer du mobilier (Arg. d'anal. tiré de l'art. 1449) (2).

Dans ce système, l'aliénation est valable, sauf la responsabilité de l'envoyé, s'il l'a mal faite, c'est-à-dire s'il l'a faite à de mauvaises conditions.

Pour la négative, on argumente de l'article 126. On sait qu'en accordant l'envoi en possession provisoire, le tribunal peut ordonner à l'envoyé de vendre tout ou partie du mobilier; or, si le tribunal n'a ordonné de vendre que certains meubles, il a, par là même, implicitement imposé à l'envoyé l'obligation de conserver les autres en nature. Sans doute, si les besoins de l'administration l'exigent, si, par exemple, les biens dont le tribunal a implicitement ordonné la conservation viennent, par suite de quelque accident, à dépérir ou à se déprécier, l'envoyé peut valablement les transformer en argent; mais, toutes les fois que la vente *n'a point les caractères d'un acte d'administration,* elle est nulle à l'égard de l'absent : elle n'émane, en effet, ni d'un propriétaire ni même d'un administrateur, puisqu'elle a été faite, nous le supposons dans l'espèce, en dehors, et, par suite, en violation de son mandat. A quel titre vaudrait-elle donc (3)?

Comment procèdent, pendant la présomption d'absence, les tiers qui ont des actions à exercer contre l'absent ?

426. — 4° *Exercice des actions actives ou passives.* — Nous avons vu (n° 368) que, pendant la période de la présomption d'absence, les tiers qui ont des droits à exercer contre l'absent doivent agir *contre lui-même*. Ses créanciers l'assignent à son domicile et font exécuter, selon les voies ordinaires, les jugements par défaut qu'ils obtiennent contre lui.

(1) La règle, *en fait de meubles, possession vaut titre,* ne s'applique pas aux choses incorporelles, par exemple, aux créances (voy. l'explic. de l'art. 2279).

(2) Dem., t. I, n° 157 *bis*, I; MM Aubry et Rau, t. I, § 153, notes 7, 8 et 9.

(3) M. Demol., t. II, n° 112; Marc., sur l'art. 126; M. Laurent, t. II, n°s 177 et suiv.

Il n'en est plus de même après la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire. L'absent a désormais, dans la personne de son héritier présomptif, un mandataire qui le représente : c'est donc contre ce mandataire, c'est-à-dire contre l'envoyé en possession provisoire, que doivent être dirigées les réclamations de ceux qui prétendent avoir des droits contre l'absent; c'est lui qui doit être assigné; c'est à sa personne ou à son propre domicile que l'assignation doit être remise; c'est contre lui enfin que sont prononcées les condamnations, et contre lui qu'elles s'exécutent (art. 134).

Comment procèdent-ils pendant l'envoi en possession provisoire ?

427. — Lorsqu'il existe plusieurs envoyés, les biens et les dettes de l'absent se partagent entre eux. Chacun d'eux ne peut être actionné par les créanciers que proportionnellement à la part active qu'il a reçue : car ce n'est que dans cette limite qu'il représente l'absent.

Quid, lorsqu'il existe plusieurs envoyés?

428. — En principe, les héritiers d'une personne *décédée* sont tenus de ses dettes *ultra vires bonorum*, et le paiement peut en être poursuivi, tant sur leurs biens personnels que sur les biens de la succession; toutefois, s'ils déclarent au greffe du tribunal qu'ils n'acceptent la succession que sous bénéfice d'inventaire, ils ne paient alors les dettes qu'*intra vires bonorum*, et le paiement n'en peut être poursuivi que sur les biens qu'ils tiennent du défunt. Faut-il appliquer la même théorie aux envoyés en possession provisoire des biens de l'absent? Sont-ils, à défaut de la déclaration dont je viens de parler, tenus de ses dettes *ultra vires bonorum?* Lorsqu'ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent, le paiement n'en peut-il être poursuivi que sur les biens qu'ils tiennent de l'absent? Suivant l'opinion générale, l'envoyé, alors même qu'il n'a point déclaré au greffe qu'il n'accepte la succession provisoire de l'absent que sous bénéfice d'inventaire, n'est tenu que dans la limite des biens qu'il possède et sur ces biens seulement. L'envoyé, en effet, n'est pas héritier, propriétaire des biens, débiteur personnel des dettes : ce n'est qu'un *dépositaire*, un administrateur des biens d'autrui; or, un administrateur ne peut être actionné que relativement aux biens qu'il administre, et sur ces biens seulement (1).

L'envoyé est-il tenu des dettes *ultra vires bonorum*, lorsqu'il n'a point déclaré au greffe qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire ? Peut-il être poursuivi sur ses propres biens ?

429. — Nous venons de voir que c'est contre les envoyés que s'exercent les actions *passives* de l'absent. La loi ne leur donne point expressément le pouvoir d'exercer ses actions *actives*, c'est-à-dire d'agir comme *demandeurs* en son nom. Ils peuvent cependant, tout le monde est d'accord sur ce point, exercer ses actions *mobilières :* ce droit compète, en effet, à tout administrateur du bien d'autrui (art. 464 et 1428). Mais que décider quant aux actions *immobilières?* Peuvent-ils les exercer de leur propre autorité, et sans l'autorisation préalable du tribunal?

Les envoyés peuvent-ils, de leur propre autorité, exercer valablement les actions actives de l'absent ? Celui-ci doit-il respecter les jugements auxquels ces actions ont donné lieu ?

(1) Dur., t. I, p. 144, à la note; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 290 et s.; Dem., t. I, p. 224 et 260; Marc., sur l'art. 134; M. Demol., t. II, n° 136.

M. Duranton (t. I, nº 492) tient la négative. Il la tire, par analogie, de l'article 464, aux termes duquel aucun tuteur ne peut introduire en justice une action immobilière sans l'autorisation du conseil de famille. Autrement, ajoute-t-il, les envoyés pourraient aliéner *indirectement* les immeubles de l'absent. Que feraient-ils en effet? ils livreraient l'immeuble qu'ils voudraient aliéner, et n'attaqueraient ensuite le possesseur que pour le faire gagner!

Dans ce système, les envoyés en possession peuvent, de leur propre autorité, plaider dans tous les cas comme *défendeurs* au nom de l'absent; mais, pour plaider comme *demandeurs,* il leur faut l'autorisation préalable du tribunal, lorsque l'action qu'ils veulent introduire en justice est *immobilière* (1).

L'affirmative me semble mieux fondée. L'envoi en possession des biens comprend les actions immobilières comme tous les autres droits; or, la possession d'une action consiste précisément dans l'exercice qu'on en fait. La loi s'est d'ailleurs expliquée en ce sens sur un cas particulier : elle permet aux envoyés d'*intenter,* sans aucune autorisation préalable, les actions en partage qui compètent à l'absent (art. 817); et par là elle nous montre que leur pouvoir est plus étendu que celui des tuteurs, auxquels elle refuse le droit de provoquer, sans autorisation du conseil de famille, les partages dans lesquels leur mineur est intéressé (art. 465). Or, quelle raison y a-t-il de se montrer plus sévère pour les actions immobilières que pour l'action en partage? Enfin, à quoi bon demander au tribunal une autorisation préalable? N'est-ce pas lui qui sera appelé à suivre le procès, à le juger? L'instruction à laquelle il sera forcé de se livrer n'est-elle pas une garantie suffisante contre la fraude et les simulations (2)?

Dans ce système, les envoyés en possession provisoire peuvent, dans tous les cas, en matière immobilière comme en matière mobilière, plaider au nom de l'absent, soit comme *demandeurs,* soit comme *défendeurs.* Ce qui est jugé pour ou contre eux l'est également pour ou contre l'absent.

Si l'envoyé a des droits contre l'absent, ou réciproquement, la prescription court-elle entre eux?

430. — VI. Prescription. — L'envoyé peut avoir des droits contre l'absent, ou l'absent contre l'envoyé. La prescription court-elle entre eux? La négative est généralement admise.

D'abord la prescription ne court point au profit de l'envoyé contre l'absent. Administrateur comptable de la fortune qui lui est confiée, l'envoyé est tenu, en cette qualité, de faire tous les actes qui en assurent la conservation, et, par conséquent, d'interrompre la prescription qui la compromet. Il doit donc, lorsqu'il est débiteur de l'absent, se payer à lui-même ce qu'il doit : *A semetipso exigere debuit.* S'il ne l'a pas fait, il est *en faute!* or, personne ne

(1) En ce sens, voy. aussi M. Laurent, t. II, nº 188.
(2) Dem., t. I, nº 158 *bis,* I; M. Demol., t. II, nº 114.

peut argumenter de l'inobservation de son devoir pour en tirer profit : *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.*

Elle ne court point non plus au profit de l'absent contre l'envoyé. Nous l'avons, en effet, assimilé à un héritier bénéficiaire (voy. le nº 428) ; or, la prescription ne court point contre l'héritier bénéficiaire au profit de la succession qu'il administre (art. 2258) (1).

La prescription court-elle contre l'absent au profit des tiers qui possèdent des biens à lui appartenant ou qui sont ses débiteurs ?

431. — La prescription court contre l'absent, au profit des tiers qui possèdent des biens à lui appartenant ou qui lui doivent quelque chose : car l'absence ne figure point parmi les causes qui font obstacle à la prescription (voy. l'explic. de l'art. 2251).

Doit-on alors, quant aux causes ordinaires de suspension de la prescription, considérer la personne de l'absent ou celle de l'envoyé ? Si, par exemple, l'absent est *majeur*, tandis que l'envoyé est *mineur*, la prescription est-elle suspendue ou suit-elle son cours ?

Mais ici une question se présente : doit-on, quant aux causes ordinaires de suspension de la prescription (la minorité et l'interdiction, art. 2252), considérer la personne de l'*absent* ou celle des *envoyés ?* Si l'absent est *majeur,* tandis que l'envoyé est *mineur,* ou réciproquement, la prescription est-elle suspendue ou suit-elle son cours?

La question doit se résoudre par une distinction :

Si le conflit s'engage entre les envoyés en possession provisoire (ou définitive) et le tiers qui invoque la prescription, les envoyés ne peuvent lui opposer que les causes de suspension qui leur sont personnelles : car, l'absent étant réputé mort, ses héritiers provisoires ne peuvent réclamer aucun droit de son chef (art. 135 et 136), et, par conséquent, tirer de sa personne une cause de suspension de prescription. Ainsi, la prescription court contre eux, lorsqu'ils sont majeurs et non interdits, quoiqu'en fait l'absent soit en état de minorité ou d'interdiction. Elle est suspendue dans l'hypothèse inverse (2).

Si, au contraire, la prescription est opposée à l'absent de retour (ou à ses ayant-cause), la personne des envoyés en possession s'efface alors; celle de l'absent est seule à considérer. Il ne peut donc invoquer que les causes de suspension qui lui sont personnelles. Ainsi, par exemple, était-il mineur : la prescription a été suspendue à son profit, nonobstant la majorité de l'envoyé. Etait-il, au contraire, majeur : la minorité de l'envoyé n'a pas arrêté la prescription (3).

(1) Toull., t. I, nº 420; Dem., t. I, p. 240; Dur., t. I, nº 494; M. Demol., t. II, nºs 117 et 118.

(2) Dem., t. I, nº 157 *bis*; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 289; MM. Demol., t. II, nº 139; Aubry et Rau, t. I, § 153, note 28.

(3) Demante n'est pas de cet avis. Suivant lui, l'absent peut argumenter des causes de suspension tirées *tant de la personne de l'envoyé que de la sienne propre.* Ainsi, la prescription ne court point contre l'absent, quoique majeur, si l'envoyé est mineur. Et, en effet, dit-il, les envoyés, étant responsables des prescriptions qu'ils laissent acquérir, ne seraient pas protégés par leur minorité, si elle n'empêchait point de courir contre l'absent une prescription dont l'effet devrait, en définitive, retomber sur eux-mêmes (t. I, p. 239). — A l'inverse, M. Laurent enseigne que, les envoyés n'étant que des dépositaires ou des administrateurs, c'est toujours uniquement la personne de l'absent qu'il faut considérer (t. II, nº 189).

Art. 127.

Lorsque les envoyés rendent les biens, rendent-ils tous les fruits qu'ils en ont retirés ?

432. — VII. De la dispense de restituer tout ou partie des fruits. — Nous verrons plus tard dans quels cas et à quelles personnes les envoyés en possession peuvent être tenus de restituer les biens qu'ils ont administrés. Mais, quel que soit l'événement qui donne naissance à cette obligation, et quelle que soit la personne qui en profite, *la restitution n'est pas complète :* elle comprend *tous les capitaux* dont se composait le patrimoine de l'absent au moment de l'envoi en possession; *quant aux fruits et revenus* qu'ils ont produits pendant la durée de l'envoi en possession provisoire, les envoyés, qui les ont recueillis ou perçus, ont le droit d'en retenir une portion plus ou moins forte, ou même la totalité, suivant que l'absence s'est plus ou moins prolongée.

Quelle portion retiennent-ils ?

Cette portion est des 4/5, lorsque l'absent reparaît ou donne de ses nouvelles avant quinze ans révolus *depuis sa disparition;* des 9/10, lorsqu'il reparaît *après* les quinze ans depuis la même époque. Les envoyés restituent donc, dans le premier cas, 1/5; dans le second, 1/10 seulement.

Dans quel cas retiennent-ils la totalité ?

« Après trente ans *d'absence, la totalité* des revenus leur appartient. » La totalité..., c'est-à-dire tant les fruits qu'ils ont perçus avant, que ceux qu'ils ont perçus après les trente ans.

Quel est le point de départ des quinze ans après lesquels les envoyés retiennent les 9/10? Quel est le point de départ des trente ans après lesquels la totalité leur appartient ? Est-ce le jour de la *disparition*, ou le jour de *la déclaration d'absence ?*

Les quinze ans se comptent *du jour de la disparition de l'absent.* La loi n'indique point, d'une manière précise, le point de départ des trente ans après lesquels la totalité des fruits appartient aux envoyés. Est-ce le jour de la *disparition* ou est-ce seulement le jour de la *déclaration d'absence?* La question est controversée.

433. — Premier système. — Aux termes formels de notre article, les trente ans courent du jour *de l'absence;* or, jusqu'à la *déclaration,* il y a, non pas *absence,* mais simplement *présomption d'absence:* donc (etc.). Ainsi, il n'y a point de corrélation entre le délai de quinze et le délai de trente ans : le premier commence avec la *présomption,* le second avec la *déclaration* d'absence (1).

434. — Second système. — Ces deux délais ont le même point de départ, *le jour de la disparition.*

C'est, en effet, à l'envoyé en possession provisoire que notre article attribue la totalité des fruits après trente ans d'absence; or, si ces trente ans ne commençaient à courir qu'à compter du jour de la déclaration, l'attribution aurait lieu au profit, non plus de l'envoyé en possession *provisoire,* mais de l'envoyé en possession *définitive:* car l'envoyé *provisoire,* pouvant après ce délai, obtenir la condition si favorable d'envoyé définitif (art.129), ne manquera jamais de le faire. L'hypothèse contraire est possible, sans doute; mais combien de fois se présentera-t-elle? une fois sur cent, peut-être! Or, comment admettre que la loi se soit préoccupée d'un cas aussi rare? Quant au mot *absence,* dont elle

(1) Delv., t. I, p. 45; Dur., t. I, n° 418.

s'est servi dans le dernier alinéa de notre article, on n'en peut rien conclure : car ce mot est souvent employé dans un sens très large, qui embrasse même la simple présomption d'absence (voy. la rubrique de la sect. II) (1).

435. — Selon le droit commun, les fruits naturels ne s'acquièrent que par la perception. Ainsi, le possesseur de bonne foi ne gagne que ceux qu'il a recueillis : ceux qui sont encore pendants par branches ou par racines au moment de la restitution appartiennent au propriétaire. — Les fruits civils, au contraire, tels que les loyers des maisons, le prix des baux à ferme, s'acquièrent *jour par jour*. Ainsi, le possesseur de bonne foi qui a donné à ferme le bien qu'il possède acquiert, chaque jour, 1/365e du prix du bail; cette fraction lui est acquise, quoiqu'il ne l'ait pas touchée (voy. les nos 1518 à 1524).

Faut-il, en ce qui touche le droit des envoyés sur les fruits, distinguer les fruits *civils* des fruits *naturels?*

Il n'en est pas de même de l'envoyé en possession provisoire. Quant à lui, les fruits *civils* sont traités comme les fruits *naturels* : il ne les acquiert que par la perception. La loi, en effet, l'autorise seulement à ne pas rendre ce qu'il a *reçu,* et cela suppose qu'il est *nanti*. Ainsi, les fruits naturels qu'il n'a point recueillis, les fruits civils qu'il n'a point *touchés,* quoique échus, appartiennent à l'absent (2).

Il est bien entendu, en outre, que la portion des fruits attribuée aux envoyés ne se calcule que sur le revenu *net,* c'est-à-dire sur le revenu, *déduction faite des dépenses* qui, selon la nature même des choses, sont à la charge des fruits, telles que les frais de labour et semence, les contributions et les réparations d'entretien (voy. les nos 420 et 1443).

436. — La dispense de restituer en tout ou en partie les fruits perçus est fondée sur un triple motif:

Sur quels motifs est fondé le droit qu'a l'envoyé de retenir une portion, et même, dans un certain cas, la totalité des fruits qu'il a perçus ?

1° Si l'envoi en possession provisoire n'était qu'une charge pour ceux qui l'ont obtenu, l'absent s'enrichirait à leurs dépens, puisqu'il profiterait de leur travail et de leur temps, sans rien payer. L'équité demande donc qu'ils soient indemnisés : la portion ou la totalité des fruits qu'ils retiennent est la juste rétribution, le salaire des soins qu'ils ont donnés aux biens de l'absent et dont il a bénéficié (3).

2° Cette indemnité était commandée d'ailleurs par l'intérêt même de l'absent, dont la fortune aurait pu rester sans administrateur, si l'envoi en possession n'eût été pour ses héritiers qu'un

(1) Dem., t. I, p. 236; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 288; MM. Demol., t. II, n° 125; Laurent, t. II, n° 191.

(2) M. Demol., t. II, n° 122.

(3) Dem., p. 235. — Ce motif est critiqué. La portion des fruits (les 4/5es au minimum) qu'on accorde aux envoyés est trop forte pour qu'on puisse la considérer uniquement comme un *salaire* : on ne donne point, en effet, à un administrateur, pour l'indemniser de ses soins, la totalité, ni même les 9/10es des fruits qu'il perçoit! Une telle indemnité est exorbitante et ne se conçoit point. L'attribution des fruits aux envoyés a donc un autre motif (M. Demol. t. II, n° 120).

fardeau sans compensation : mille raisons, la responsabilité qu'elle entraîne, l'obligation de donner caution et de rendre compte..., les eussent empêchés de se charger de cette administration (1).

3° Ceux qui perçoivent les fruits d'une chose ou d'un patrimoine dont ils se croient propriétaires n'ont point l'habitude de les mettre en réserve; convaincus qu'ils ont le droit d'en disposer, ils les consomment au jour le jour. Or, s'ils étaient obligés, lorsqu'ils sont appelés à rendre au véritable propriétaire le bien qui les a produits, de les comprendre dans cette restitution, la masse à restituer serait souvent si considérable qu'ils ne pourraient point, sans éprouver un très grand préjudice, suffire à leur obligation. De là la règle que les possesseurs de bonne foi gagnent les fruits qu'ils perçoivent (art. 549). Une raison analogue milite en faveur des envoyés en possession provisoire. Ce ne sont pas, il est vrai, de véritables posesseurs de bonne foi : car ils savent que *peut-être* ils auront à restituer le patrimoine qu'ils administrent. Mais, après que l'absence a duré plusieurs années, la réalisation de ce *peut-être* est si peu probable, qu'ils finissent par l'oublier : la force même de leur situation les porte à se croire définitivement propriétaires. Ils montent leur maison sous l'empire de cette idée; les fruits qu'ils perçoivent, ils les consomment jour par jour *lautius vivendo*. Ce serait donc les appauvrir eux-mêmes et peut-être les ruiner que de les forcer à restituer, après plusieurs années, la masse des fruits qu'ils ont dépensés (2).

Art. 130, 131 et 129. 437. — VIII. Des événements qui font cesser l'envoi en possession provisoire. — L'envoi en possession provisoire cesse :

(1) Marc., sur l'art. 127; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article. — Ce motif ne me semble pas satisfaisant. Il n'est point en harmonie avec l'esprit de la loi. La fortune de l'absent étant pleinement sauvegardée pendant la première période de l'absence, il est inutile, quant à lui, de convier, par l'appât d'un fort bénéfice à faire à ses dépens, ses héritiers présomptifs à provoquer la déclaration d'absence, et à se faire envoyer en possession de ses biens. N'est-ce pas même sur cette considération qu'on refuse à ses créanciers et au procureur de la République le droit d'agir en déclaration d'absence (voy. le n° 381)?

(2) Marc., sur l'art. 127; M. Demol., t. II, n° 120. — Demante critique à son tour ce motif. « Il est bien vrai, dit-il, qu'à ne considérer que la nature des choses, plus l'absence se prolonge, plus la condition des envoyés se rapproche de celle des possesseurs de bonne foi; mais cette considération n'a point guidé le législateur. On le voit, en effet, accorder la même attribution de fruits, avec le même accroissement progressif, à l'époux administrateur (voy. l'explic. de l'art. 124), quoique la prolongation de l'absence, loin de la fortifier, affaiblisse au contraire la supposition sur laquelle repose son droit. Dès lors, la seule idée se présente est celle d'un *salaire* imposé à l'absent envers ceux à qui sa négligence laisse le fardeau de l'administration de ses biens. »

— Toutes ces critiques montrent une chose, c'est qu'aucun des trois motifs que je viens de rapporter ne suffit, à lui seul, pour la justification de la loi : il faut, pour être dans le vrai, les réunir. M. Bigot-Préameneu, après les avoir rappelés, ajoute : « Tous ces motifs ont fait admettre que les envoyés doivent profiter des revenus. »

1° *Par le retour de l'absent.* — Les envoyés lui restituent les biens qui leur avaient été confiés, mais sous la retenue de la portion ou de la totalité des fruits que l'article 127 leur attribue.

Quels événements font cesser l'envoi en possession provisoire? Quel est l'effet du retour de l'absent? *Quid*, s'il donne de ses nouvelles?

2° *Par la réception de ses nouvelles.* — Dès que l'existence de l'absent devient certaine, la déclaration de son absence cesse de plein droit : les envoyés en possession cessent de gagner les fruits; ils n'ont plus le droit d'administrer les biens qu'ils détiennent encore. On retombe alors dans la période de simple présomption d'absence, ce qui amène l'application des articles 112 à 114.

3° *Par le décès prouvé de l'absent*.— Deux cas sont alors à considérer. Si les envoyés en possession provisoire sont, de même qu'ils l'étaient à l'époque de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ses héritiers les plus proches à l'époque *connue* de son décès, les biens leur restent *définitivement, irrévocablement.* Dans l'hypothèse contraire, ils doivent les rendre, sous la réserve des fruits acquis en vertu de l'article 127, à ceux qui, étant les plus proches parents de l'absent à l'époque connue de son décès, les excluent.

Quid, lorsqu'on acquiert la preuve de son décès?

4° *Par l'envoi en possession définitif* (art. 129).

§ II. *Du droit qu'a l'époux commun en biens d'opter pour la continuation ou pour la dissolution provisoire de la communauté.*

11e *Répétition.*

Art. 124 et 127.

438. — L'absence, si prolongée qu'elle soit, ne dissout point le *mariage*; sous ce rapport, l'absent est *toujours réputé vivant* (voy. le n° 496).

La déclaration d'absence dissout-elle le *mariage?* Dissout-elle le *contrat de mariage?*

La même présomption semblerait devoir s'appliquer, par voie de conséquence, au *contrat de mariage,* c'est-à-dire au *règlement des intérêts pécuniaires :* car, l'absent étant réputé *vivant* quant au contrat *principal,* il serait naturel de ne point le réputer *mort* quant au contrat *accessoire.*

Ce n'est pas là pourtant le système qu'a suivi la loi, du moins en général.

Dès que l'absence est déclarée, l'absent, qui est réputé vivant quant à *son mariage,* est réputé mort quant à *ses conventions matrimoniales:* tandis que *son mariage* subsiste sans aucune atteinte, *son contrat de mariage* est provisoirement dissous.

Telle est la règle; la loi y apporte une exception. Voyons d'abord l'exception.

439. — Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la *communauté légale ou conventionnelle,* les droits subordonnés au décès de l'absent s'ouvrent ou ne s'ouvrent pas, *au gré de l'époux présent.* La loi lui permet, en effet, d'opter entre la *dissolution* et la *continuation* de la communauté.

Lorsque les époux sont mariés sous le *régime de communauté* et que l'un d'eux est en état de déclaration d'absence, quels partis peut prendre l'époux présent?

S'il opte pour la *dissolution,* on reste alors dans le droit commun de la déclaration d'absence : les articles 120 et 123 reçoivent leur application ordinaire. Tous ceux, y compris le conjoint pré-

Quid, s'il opte pour la *dissolution* de la communauté?

sent, qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent en demander l'envoi en possession provisoire.

Quid, s'il opte pour sa *continuation?*

S'il opte pour la *continuation*, son conjoint, quoique déclaré absent, est réputé vivant, tant au point de vue de ses conventions matrimoniales qu'au point de vue de son mariage.

Cette présomption, établie au profit de l'époux présent, le protège, non seulement contre les héritiers présomptifs et les légataires de l'absent, mais encore contre ceux qui lui ont fait des donations *avec clause de retour*, ou qui ont sur ses biens un droit de *nue propriété* (voy. les nos 407 et 408) : la loi le met au-dessus d'eux, et lui confie, sous le nom d'*administration légale*, la possession et la gestion de tous les biens.

Sur quels motifs est fondée la faculté accordée à l'époux présent d'empêcher l'envoi en possession provisoire, en optant pour la continuation de la communauté ?

440.— Cette faculté qu'a l'époux présent d'empêcher l'envoi en possession provisoire, cette préférence qu'on lui accorde vis-à-vis de tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, est justifiée par plusieurs motifs :

1° Si prolongée que soit l'absence de son conjoint, l'époux présent reste lié par le mariage : il ne lui est pas permis de contracter une nouvelle union. La continuation de son association pécuniaire, et, par suite, l'administration qu'on lui confie, est une juste compensation de la position si pénible dans laquelle l'a placé son conjoint, du veuvage forcé qu'il lui impose.

2° La communauté est une véritable société, un contrat synallagmatique qui s'est formé avec le mariage, et qui, par conséquent, ne doit pas se dissoudre contre la volonté et au préjudice de l'époux présent.

3° *L'administration légale* est plus utile à l'absent que *l'envoi en possession provisoire :* car, tandis que ses biens seraient fractionnés morcelés entre les diverses parties intéressées, héritiers présomptifs ou légataires..., qui en obtiendraient la possession provisoire, l'administration légale a l'avantage de les concentrer tous dans les mains d'un seul comptable, de l'époux présent.

Lorsque les époux sont mariés sous tout autre régime que celui de la communauté, l'époux présent peut-il empêcher l'envoi en possession provisoire ? Cette différence que fait la loi entre l'époux présent marié sous le régime de la communauté et l'époux présent marié sous tout autre régime, est-elle bien rationnelle ?

441. — *Lorsque les époux sont mariés sous tout autre régime que celui de la communauté*, la circonstance que l'absent est marié n'apporte aucune modification à la théorie de l'envoi en possession provisoire. Que l'époux présent le veuille ou non, tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, ses héritiers présomptifs, ses légataires, etc..., en obtiennent provisoirement la possession.

Il y a là tout à la fois une bizarrerie, une injustice et une inconséquence.

Une *bizarrerie*... L'absent est réputé *vivant* dans ses rapports avec son conjoint, en ce sens que son mariage est réputé encore existant ; et il est réputé *mort* dans ses rapports avec ses héritiers présomptifs, avec ses légataires, avec tous ceux, en un mot, qui ont sur ses biens des droits subordonnés à la condition de son décès.

Il est donc tout à la fois *vivant* et *mort*.

Une *injustice*... L'époux présent, quoique toujours lié par son mariage, se trouve, contre sa volonté et par la faute de son conjoint, dépouillé, au profit des héritiers présomptifs et des légataires de ce dernier, des avantages pécuniaires attachés à ce titre d'époux que la loi lui conserve. Ainsi, lorsque les époux se marient sous le régime sans communauté ou sous le régime dotal, l'administration des biens dotaux est confiée au mari; il en a de plus la jouissance : tous les fruits qu'il perçoit et qu'il économise sont à lui. Supposons la femme en état de déclaration d'absence : ses héritiers présomptifs, ses légataires, etc., obtiennent la possession provisoire des biens dont le mari avait l'administration et la jouissance. La loi, qui lui laisse le titre d'époux, le dépouille des droits sur la foi desquels il s'est marié! La faute, je veux dire l'absence de son conjoint, devient pour lui, qui est présent, la source d'une déchéance!

Une *inconséquence*... Les considérations qui ont fait préférer ***l'époux commun en biens*** à tous ceux qui ont sur le patrimoine de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, militent également et avec autant de force en faveur de l'époux marié sous *le régime sans communauté* ou sous *le régime dotal*. La même règle devrait donc les régir. Or, ce n'est pas ce que décide la loi. Elle a poussé jusqu'à l'excès la faveur qu'elle accorde à l'époux *commun*, et sacrifié sans aucune compensation l'époux marié *sous le régime exclusif de communauté* ou *sous le régime dotal*. Le premier peut, pendant trente ans, retenir la jouissance des biens de l'absent; le second doit en faire immédiatement la restitution. Cette différence entre les régimes matrimoniaux n'a aucune raison d'être (1).

— Revenons, en les étudiant séparément, aux deux hypothèses prévues et réglées par notre article 124.

442. — PREMIER CAS. — OPTION DE L'ÉPOUX COMMUN POUR LA CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ.

I. QUELS SONT LES BIENS COMPRIS DANS L'ADMINISTRATION CONFIÉE A L'ÉPOUX QUI OPTE POUR LA CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ. — L'époux qui fait cette option, « *prend* ou *conserve* l'administration *des biens de l'absent*. »

« *Prend*... » Lorsque c'est la femme qui est présente et le mari absent.

« *Conserve*... » Lorsque c'est le mari qui est présent et la femme absente.

« *Des biens de l'absent*... » L'administration légale comprend donc, non seulement les biens dont la communauté avait la pleine propriété ou la jouissance, mais encore ceux qui lui sont complètement étrangers, c'est-à-dire qui appartiennent à l'absent, tant

Dans quel cas l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté *prend*-il l'administration ?

Dans quel cas la *conserve*-t-il ?

Quels sont les biens compris dans l'administration qu'on lui confie ?

Ne comprend-elle que les biens dont la communauté avait la propriété ou la jouissance ?

(1) Comp. M. Demol., t. II, nos 272 et suiv.

en jouissance qu'en propriété. Ainsi, lorsque la femme s'est réservé le droit d'administrer l'un de ses biens et d'en jouir, le mari présent ne *conserve* pas seulement l'administration des biens composant, en toute propriété ou en jouissance, l'actif commun; il *prend,* de plus, l'administration du bien auquel la communauté est complètement étrangère, et qu'il n'aurait pas le droit d'administrer si sa femme était présente.

De même, s'ils sont mariés sous le régime dotal avec *communauté d'acquêts* (art. 1581), le mari présent a le droit d'administrer, non seulement les biens communs et les biens dotaux, mais encore ceux dont la femme avait l'administration et la jouissance, c'est-à-dire les paraphernaux (art. 1576). La loi, dans l'intérêt même de l'absent, tient à concentrer dans les mêmes mains l'administration de tous les biens (voy. le n° 440, 3°).

Dans quel délai peut être faite l'option pour la continuation de la communauté?

443. — II. Dans quel délai peut être faite l'option pour la continuation de la communauté. — La loi n'en fixe aucun. Elle peut donc être faite tant que l'époux présent n'a pas expressément ou tacitement renoncé au droit de la faire, et, par conséquent, même après l'envoi en possession provisoire, s'il a été prononcé à son insu et sans qu'il y ait acquiescé; mais, s'il a été appelé en cause par ceux qui l'ont obtenu et qu'il ait gardé le silence, il est alors réputé avoir opté pour la dissolution de la communauté.

Dans quelle forme peut-elle être faite?

444. — III. Dans quelle forme elle peut être faite. — La loi n'en indique aucune. J'en conclus que le mari, si c'est lui qui est présent, peut la faire soit en la notifiant à ceux qui ont sur les biens de la femme des droits subordonnés à la condition de son décès, soit, lorsque ces derniers ont formé une demande d'envoi en possession provisoire, en intervenant en cause afin de s'opposer à l'exercice de leurs droits.

Quant à la femme, si c'est elle qui est présente, elle doit, dans tous les cas, former une demande en justice: car l'incapacité dont elle est frappée ne lui permet point de faire sans autorisation du tribunal un acte aussi important (voy. la *Form.* 57).

L'option qu'a faite l'époux présent pour la continuation de la communauté, le lie-t-elle irrévocablement? Peut-il, revenant sur le parti qu'il a pris, opter ensuite pour la dissolution provisoire? Cette faculté appartient-elle également au mari et à la femme?

445. — IV. 1° De la faculté d'opter pour la *dissolution* provisoire de la communauté, après avoir opté pour sa *continuation*; 2° de la faculté réservée a la femme qui a opté pour la continuation de la communauté de renoncer a la communauté quand elle est dissoute.

1° Lorsque l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté, cette continuation peut durer jusqu'à l'envoi en possession définitif, si, jusqu'à cette époque, l'existence de l'absent reste incertaine. Elle ne peut aller au delà. Son maximum de durée est, par conséquent, de trente ans (art. 129). Mais l'époux présent peut en arrêter le cours *en rétractant son option.*

Le droit qui lui est accordé de faire durer la communauté jusqu'à l'envoi en possession définitif est, en effet, une pure faculté, introduite exclusivement en sa faveur, qu'on ne peut pas, par

conséquent, invoquer contre lui, et au bénéfice de laquelle il peut toujours renoncer : il en use suivant son intérêt! La dissolution provisoire compromet-elle des opérations heureusement commencées, a-t-il l'espoir de voir son conjoint revenir : il opte pour la continuation. Cette continuation, à laquelle il s'est arrêté d'abord, devient-elle un embarras, a-t-il perdu l'espoir du retour de son conjoint : il est libre de s'en décharger, en demandant la dissolution provisoire de la communauté. Cette nouvelle détermination satisfait tout le monde, puisqu'elle appelle l'application du droit commun, c'est-à-dire l'envoi en possession provisoire (1).

Cette faculté est commune à la femme et au mari.

Celle qui suit est propre à la femme.

446. — 2° Lorsque la communauté est dissoute provisoirement par l'absence ou définitivement par la mort du mari, la femme est libre de la répudier. Cette faculté est de l'essence du régime de communauté : la femme la conserve nonobstant toute renonciation (art. 1453), nonobstant même l'option qu'elle a faite pour la continuation provisoire de la communauté. La loi a pris soin de s'expliquer sur ce dernier point, afin de prévenir une objection. La faculté qu'a la femme de renoncer à la communauté, lorsqu'elle est dissoute et qu'elle est onéreuse, est fondée sur cette considération qu'étant restée étrangère à l'administration, il ne serait pas juste de la faire participer aux conséquences des fautes que le mari a commises dans sa gestion. Or, la femme qui a opté pour la continuation de la communauté a été chargée de l'administration : donc, aurait-on pu dire, elle ne peut plus la répudier quand arrive la dissolution. Telle est la conclusion que prévoit et rejette le dernier alinéa de notre article 124 : la loi veut que la femme puisse opter pour la continuation de la communauté et se charger de son administration sans crainte de compromettre son droit de renonciation.

Lorsque la communauté est dissoute, l'époux présent qui avait opté pour la continuation, peut-il renoncer à la communauté ?

Cette faculté appartient-elle également au mari et à la femme ?

Pourquoi la loi a-t-elle, dans l'espèce qui nous occupe, pris soin de réserver expressément cette faculté à la femme ?

Le mari, au contraire, ne peut, en aucun cas, renoncer à la communauté quand elle est dissoute ; il ne le peut pas, alors même qu'elle a été administrée par la femme. Son absence est une faute : qu'il en subisse les conséquences !

— En résumé, deux facultés existent : 1° faculté de rétracter l'option que l'époux présent a faite pour la continuation de la communauté, et de demander sa dissolution provisoire ; 2° faculté de la répudier, lorsqu'elle est provisoirement ou définitivement dissoute. La première appartient aux deux époux ; la seconde est propre à la femme.

447. — V. DES ÉVÉNEMENTS QUI FONT CESSER L'ADMINISTRATION LÉGALE CONFIÉE A L'ÉPOUX PRÉSENT QUI A OPTÉ POUR LA CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ. — Cette administration, de même que l'envoi en

Quels événements font cesser l'administration légale de l'époux présent qui a op-

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 315 ; Dur., t. I, nº 462 ; Dem., t. I, p. 266 ; MM. Aubry et Rau, t. I, § 155, note 11 ; Demol., t. II, nº 290 ; Laurent, t. II, nº 211.

té pour la continuation de la communauté?
Quid, lorsqu'elle cesse par la révocation de l'option pour la continuation de la communauté?

possession, n'est que provisoire. Ainsi, par exemple, elle cesse :

1° *Par la révocation volontaire de l'option pour la continuation de la communauté* (voy. le n° 445). La communauté est alors dissoute provisoirement. L'administrateur légal rend ses comptes aux envoyés en possession provisoire ;

Quid, lorsqu'elle cesse par l'envoi en possession définitif ?

2° *Par l'envoi en possession définitif,* c'est-à-dire lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis l'époque où l'administration légale a commencé, ou cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (art. 129) (voy. la *Form.* 61) : la présomption de son décès touchant alors presque à la certitude, il eût été injuste de paralyser plus longtemps l'exercice des droits des tiers. Dans ce cas, l'administrateur légal rend ses comptes aux envoyés en possession définitive ;

3° *Par la preuve acquise du décès de l'absent ;*

4° *Par la preuve acquise de son existence ;*

5° *Par le décès de l'époux présent.*

Lorsqu'elle cesse par la preuve acquise du décès de l'absent, de quel jour date la dissolution de la communauté?
Quid, lorsqu'elle cesse par l'envoi en possession définitif ou par le décès de l'époux présent ?

Lorsqu'elle cesse par la preuve acquise du décès de l'absent, la communauté a été dissoute à compter de ce décès. C'est donc à cette époque qu'il faut se placer pour en déterminer le *quantum* et la liquider. — Lorsqu'elle cesse par l'effet de l'envoi en possession définitif, ou par le décès de l'époux présent, la communauté est alors réputée dissoute du *jour de la disparition de l'absent* ou *de ses dernières nouvelles :* c'est, en effet, à ce moment que se reporte toujours la présomption de la mort de l'absent (arg. tiré de l'art. 120). En conséquence, la communauté doit être partagée et liquidée dans l'état où elle se trouvait à cette époque, sauf toutefois le maintien des actes faits par l'administrateur légal dans la limite de ses pouvoirs. Mais quelle est l'étendue de ses pouvoirs? C'est ce qu'il importe d'étudier.

Quelles sont la nature et l'étendue des pouvoirs de l'époux, administrateur légal de la communauté ?
Ne faut-il pas distinguer :
1° Les actes d'*administration* des actes de *disposition ?*
2° Si c'est le mari ou si c'est la femme qui administre ?
Ne faut-il pas quant au mari, faire une autre distinction ?

448. — VI. De la nature et de l'étendue des pouvoirs de l'époux, administrateur légal de la communauté. — Les actes *d'administration* lui sont permis : cela résulte de son titre même d'administrateur. Ces actes devront, par conséquent, être respectés dans tous les cas.

Quant aux actes *de disposition,* il importe de distinguer si c'est le mari ou si c'est la femme qui administre.

En ce qui touche le mari, une sous-distinction est nécessaire :

Si, en réalité, la communauté a duré pendant qu'il l'administrait, c'est-à-dire s'il est établi que sa femme a existé pendant ce temps, ses pouvoirs sont restés tels qu'ils sont déterminés au Titre *du contrat de mariage,* par les articles 1421, 1422 et 1428. Les actes qu'il a faits dans la limite de ses pouvoirs, par exemple, les aliénations à titre onéreux des immeubles de la communauté, les hypothèques dont il les a grevés, les donations des meubles communs, sont pleinement valables, et doivent, comme tels, être respectés. Sont nuls, au contraire, et sans effet, les actes qui dépassent les pouvoirs que son titre de mari lui confère, tels que les donations des immeubles communs, et les aliénations à titre

gratuit ou onéreux des propres immobiliers de sa femme : celle-ci ou ses héritiers peuvent demander la nullité de ces actes, même contre les tiers qu'ils intéressent.

Si, en réalité, la communauté était dissoute pendant que le mari l'administrait, c'est-à-dire si sa continuation apparente a cessé, soit parce qu'on a découvert que la femme était morte antérieurement au jour où le mari s'est chargé de l'administration légale, soit par l'envoi en possession définitif, auquel cas la communauté est réputée dissoute du jour de la disparition de la femme ou de ses dernières nouvelles (voy. le n° 447), les pouvoirs du mari sont révoqués rétroactivement : il n'a été, en réalité, qu'un ***administrateur ordinaire.*** Les héritiers de la femme peuvent donc critiquer tous les actes ***de disposition*** qu'il a faits de sa propre autorité sur les biens de la communauté. Ainsi, par exemple, a-t-il donné des meubles : lui seul doit supporter la libéralité qu'il a faite. A-t-il aliéné pour 20,000 francs un immeuble commun qui en valait 26,000 : il doit restituer la moitié, non de 20,000 francs, mais de 26,000 francs. — Quant aux tiers qui, en traitant avec lui, ont acquis des droits sur les biens de la communauté, les héritiers de la femme ne peuvent point les inquiéter : car il est de principe que le mandataire dont les pouvoirs ont cessé les conserve néanmoins dans l'intérêt des tiers qui ont ignoré la révocation de son mandat (art. 2009) (1).

449. — La femme, ne pouvant puiser ses pouvoirs que dans sa qualité d'administrateur légal, ne peut, en aucun cas, faire, de sa propre autorité, et sans une autorisation de la justice, des actes ***de disposition*** (2).

450. — VII. DES GARANTIES DE RESTITUTION EXIGÉES DE L'ÉPOUX ADMINISTRATEUR LÉGAL. — De même que l'envoyé en possession provisoire, l'administrateur légal est tenu de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, conformément à l'article 126. Peu importe que l'administration soit confiée au mari ou à la femme ; la loi ne distingue pas.

Quelles garanties de restitution sont exigées de l'époux administrateur?

(1) Val., *sur Proud.*, t. 1, p. 319 ; Dur., t. 1, n° 461. Comp. MM. Demol., n° 285, et Laurent, t. II, n° 206. — Dem., t. I, p. 262, pense, au contraire, que les tiers peuvent être évincés des droits que le mari leur a concédés. Ils ont connu ou dû connaître la déclaration d'absence : dès lors, ils n'ont pas pu compter sur d'autres pouvoirs que ceux qui résultent de cette déclaration.

(2) Telle est l'opinion générale (voy. notamment M. Demol., t. II, n° 285). Ne pourrait-on pas dire cependant : Aux termes de l'art. 124, la femme qui opte pour la continuation de la communauté *prend* l'administration que son mari a abandonnée : donc elle exerce les pouvoirs de son mari, donc elle est son mandataire, ce qui emporte le pouvoir de faire tout ce qu'il pourrait faire lui-même ? Il est vrai qu'elle fera, comme mandataire de son mari, des actes qu'elle est incapable de faire en sa qualité de femme mariée ; mais n'est-il pas de principe qu'on peut faire pour un autre, quand on est son mandataire, ce qu'on ne pourrait faire pour soi-même (art. 1990) ? C'est ainsi, par exemple, qu'une femme qui ne peut pas, sans l'autorisation de son mari ou de justice, accepter la donation qui lui est offerte (art. 934), peut néanmoins accepter, sans aucune autorisation, la donation qui est offerte à son enfant mineur (art. 935).

Le tribunal peut-il forcer le mari de vendre le mobilier et de faire emploi du prix?

451. — Le tribunal peut ordonner, s'il le juge nécessaire, de vendre tout ou partie du mobilier, auquel cas il doit être fait emploi du prix.

Cette disposition reçoit sans difficulté son application au cas ou c'est la femme qui est présente. Dans l'hypothèse contraire, il faut, je crois, faire une distinction. Le tribunal peut bien ordonner que le mari vende, avec l'obligation de faire emploi du prix, les meubles dont la propriété appartient à la femme; mais il ne saurait en être de même des meubles qui appartiennent à la communauté : quant à ces biens, en effet, le mari *conserve* les pleins pouvoirs que lui confère son contrat de mariage, c'est-à-dire le droit d'en disposer comme il l'entend et suivant qu'il le juge à propos (1).

L'époux administrateur légal est-il obligé de donner caution ?

452. — L'administrateur légal, à la différence de l'envoyé en possession provisoire, n'est point tenu de donner caution. Aucun texte ne lui impose cette obligation; et il est impossible de voir un oubli dans le silence de la loi : car l'article 124, qui s'occupe tout à la fois de l'époux qui opte pour la *continuation* et de celui qui opte pour la *dissolution* de la communauté, exige expressément que ce dernier donne caution pour la restitution qu'il pourra avoir à faire. Cette distinction est peu rationnelle, sans doute : car l'utilité de la caution se conçoit aussi bien dans la première que dans la seconde hypothèse; mais, la loi ayant pris soin de séparer les deux cas, il ne nous est point permis de les assimiler. La continuation de la communauté est d'ailleurs favorable, puisqu'elle empêche le morcellement des biens de l'absent : la loi a dû l'encourager, en affranchissant l'époux qui opte pour elle de l'obligation de fournir caution.

On a, contre ce système, tiré une objection de l'article 129, qui, déchargeant les cautions après l'envoi en possession définitif, se réfère tout à la fois au cas de l'envoi en possession provisoire et à celui de la continuation de la communauté. Nous pouvons répondre que l'article 129 a pour objet, non pas d'indiquer quelles personnes sont ou ne sont pas tenues de donner caution, mais simplement de décharger les cautions qui ont été données; or, la question de savoir dans quels cas il doit en être donné est réglée par les articles 123 et 124 (2).

L'époux administrateur légal gagne-t-il, comme l'envoyé en possession provisoire, une portion des fruits qu'il perçoit?

Comment concilier cette règle, d'une part,

453. — VIII. De l'attribution des fruits a l'époux administrateur légal. — La loi lui accorde la même faveur qu'à l'envoyé en possession provisoire. Ainsi, il gagne pour lui, dans la proportion indiquée par l'article 127, les fruits qu'il a recueillis ou perçus pendant son administration. La restitution qu'il est tenu

(1) M. Demol., t. II, n° 281.

(2) Delv., t. I, p. 47 ; Marc., sur l'art. 124; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 317; Dur., t. I, n° 465; MM. Demol., n° 283; Aubry et Rau, t. I, § 155, note 9; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 205; Laurent, t. II, n° 210.

de faire ne comprend, au maximum, que le cinquième ou le dixième des fruits. Il n'a même rien à rendre, si l'absence a duré trente ans (voy. le n° 432).

L'application de cette règle est difficile à concilier, d'une part, avec le principe que le mari a le droit de dissiper, comme chef de la communauté, tous les revenus provenant des biens communs ou même des propres de sa femme (art. 1421), et, d'autre part, avec le principe que les fruits échus ou perçus pendant le mariage tombent dans l'actif de la communauté (art. 1401, 2°). Est-ce, dira-t-on, le mari qui est présent? il n'a, quant aux fruits qu'il a perçus, aucune restitution à faire, puisqu'il a eu le droit de les dissiper, non pas seulement jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes ou des neuf dixièmes, mais en totalité. Est-ce la femme? elle doit compte de la totalité des fruits, puisqu'elle les a gagnés pour le compte de la communauté.

avec le principe que le mari, comme chef de la communauté, a le droit de dissiper tous les fruits qu'il gagne en cette qualité, et, d'autre part, avec le principe que les fruits échus et perçus pendant le mariage tombent dans l'actif de la communauté?

Cette difficulté a donné lieu à plusieurs systèmes. Voici celui auquel je m'arrête :

Deux hypothèses sont à considérer.

454. — 1° *Si la communauté n'existait déjà plus à l'époque de la perception des fruits,* l'article 127 reçoit sans peine son application. Ainsi, lorsqu'il est établi que le décès de l'absent remonte à une époque *antérieure* à la perception des fruits, l'époux qui les a perçus doit être traité d'après les règles du droit commun : car, dans l'espèce, il ne peut être question ni des pouvoirs que l'article 1421 confère au mari, ni de la communauté. Le mari, si c'est lui qui les a perçus, doit restituer aux héritiers de la femme, auxquels il est tenu de rendre compte, tout ce qui excède la portion de fruits que lui attribue l'article 127 ; la circonstance qu'il les a dissipés ne l'affranchit point de cette obligation. La femme, si c'est elle qui a administré, n'est tenue de rendre que la portion indiquée par le même article 127 ; elle garde pour elle l'excédent. Mais, dans l'un et l'autre cas, la portion que l'époux doit rendre n'est relative qu'aux fruits perçus sur les propres de l'époux décédé, et sur la part de celui-ci dans la communauté : il est, en effet, bien évident que ceux qui proviennent de ses biens personnels lui restent en totalité.

La même théorie est applicable au cas où la *continuation* a cessé, soit parce que l'époux administrateur y a renoncé, soit par sa propre mort, soit par l'envoi en possession définitif : car, dans ces différentes hypothèses, la communauté, étant réputée dissoute du jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, est par là même réputée n'avoir pas existé au moment de la perception des fruits, ce qui amène encore l'application du droit commun en matière d'absence : les articles 1401-2° et 1421 n'ont pas pu, en effet, régir la communauté après sa dissolution.

455. — 2° *Que si, au contraire, la communauté existait encore au moment de la perception des fruits,* les articles 1401-2° et 1421 l'ont alors régie, ce qui écarte, au moins en principe, l'applica-

tion de l'article 127. Ainsi, lorsqu'on a la preuve que l'absent existe, ou qu'il est décédé ***postérieurement*** à l'époque où les fruits ont été perçus, l'époux présent les a gagnés pour la communauté, conformément à l'article 1401-2°, ce qui est fort équitable : car l'autre époux a pu, pendant son absence, enrichir la communauté par ses travaux et par ses spéculations. Mais, bien entendu, si c'est le mari qui est présent, il n'a rien à rendre, quant aux fruits qu'il a dissipés : l'article 1421 le décharge de toute responsabilité.

Remarquons que l'article 127 est applicable, même dans cette seconde hypothèse, aux fruits que l'époux présent a perçus sur les biens dont la jouissance comme la propriété appartient à l'époux absent (voy. le n° 442). Ces fruits, en effet, bien qu'exclus de la communauté d'après les règles du contrat de mariage, sont gagnés par elle, du chef de l'époux qui les a lui-même gagnés conformément au principe de l'article 127.

Ainsi, lorsqu'il est établi que la communauté existait à l'époque de la perception des fruits, l'article 127 est sans application, quant aux fruits provenant des biens dont la propriété, ou simplement la jouissance, appartient à la communauté ; il ne régit que ceux qui ont été perçus sur des biens dont la communauté n'avait pas même la jouissance (1).

Qu'arrive-t-il lorsque l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté ?

456. — DEUXIÈME CAS. — OPTION DE L'ÉPOUX PRÉSENT POUR LA DISSOLUTION PROVISOIRE DE LA COMMUNAUTÉ. — Dans cette hypothèse, les articles 120 et 123 reçoivent leur application ordinaire : la communauté est provisoirement dissoute, comme la succession de l'absent est provisoirement ouverte, ***à compter de sa disparition ou de ses dernières nouvelles***. En conséquence, tous ceux qui ont sur ses biens des droits subordonnés à la condition de son décès, l'époux présent lui-même, comme tous les autres intéressés, sont admis à les exercer provisoirement.

Cette dissolution provisoire ne peut-elle pas devenir définitive ?
Quid, si on découvre l'époque précise du décès de l'absent ?

Cette dissolution de la communauté n'est que provisoire. Elle se trouvera être définitive, si l'époque du décès de l'absent reste perpétuellement incertaine. Que si, au contraire, on la découvre, si on apprend, par exemple, que l'absent qui a disparu le 20 janvier 1861 est mort le 20 juillet 1864, la communauté aura duré jusqu'au jour du décès, et c'est à cette époque qu'il faudra se placer pour la liquider.

457. — La condition de l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté est semblable à celle des envoyés en possession provisoire.

L'époux qui, ayan opté pour la dissolution provisoire de la communauté, a obtenu l'exercice provisoire de ses

Toutefois, après avoir dit qu'il pourra exercer provisoirement ***ses reprises*** ainsi que ***ses droits légaux et conventionnels***, notre article ajoute : à la charge de donner caution ***pour les choses suscep-***

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 319 ; MM. Demol., t. II, n° 288 ; Laurent, t. II, n°s 213 et 214.

tibles de restitution. Nous trouvons là l'indication d'une différence entre l'envoyé en possession provisoire et l'époux présent qui a opté pour la dissolution de la communauté : le premier donne caution pour tous les biens qu'on lui confie, parce que l'obligation de les restituer les embrasse tous ; le second, au contraire, n'est tenu de la donner *que pour les choses susceptibles de restitution,* ce qui suppose que, parmi les biens qui lui sont remis, il en est quelques-uns auxquels l'obligation de restituer ne s'applique point. Il importe donc de distinguer les biens qu'il pourra avoir à restituer de ceux qu'il aura le droit de conserver à tout événement.

reprises et de ses droits légaux et conventionnels, est-il tenu de donner caution ?

En ce qui touche la femme, l'obligation éventuelle de restitution comprend :

Quels biens sont *susceptibles de restitution,* quand c'est la femme qui est présente ?

1° *Les gains de survie,* c'est-à-dire les avantages qu'elle a stipulés sous la condition qu'elle survivrait à son mari (art. 1515 et 1525) : ces avantages devront, en effet, être restitués, non par la femme, mais par ses héritiers, s'il est établi que son mari vivait encore lorsqu'elle est décédée ;

2° *Sa part dans les biens de la communauté :* car elle devra la remettre à son mari, s'il revient ;

3° *Ses biens propres :* car, si son mari revient, elle devra également les lui restituer, puisqu'il a le droit de les administrer et de gagner pour la communauté les fruits qu'ils donnent.

Elle a, au contraire, droit de conserver à tout événement les biens dont, par une clause expresse du contrat de mariage, elle s'est réservé l'administration et la jouissance. Ces biens, n'étant pas et ne pouvant pas être sujets à restitution, ne sont point compris dans l'obligation de donner caution.

Quant au mari, l'obligation éventuelle de restitution comprend également :

Quand c'est le mari ?

1° *Les gains de survie :* ses héritiers devront les rendre, s'il est établi que la femme vivait encore quand il est décédé ;

2° *Une portion de sa part dans les biens de la communauté ;* ce qui peut arriver, lorsque la preuve acquise du décès de la femme amène la nécessité d'un nouveau partage. Soit un actif de 100,000 francs au moment du partage provisoire de la communauté : 50,000 francs ont été attribués au mari, 50,000 aux héritiers présomptifs de la femme absente. Plus tard, on découvre que celle-ci, qui était réputée morte, a vécu pendant quatre ans depuis le partage provisoire, et, par conséquent, que la communauté a duré pendant ce temps. Dès lors, tout est remis en commun ; un nouveau partage a lieu. Cela posé, supposons que les biens attribués aux héritiers présomptifs de la femme ont péri par cas fortuit : la masse partageable ne comprend plus alors que les 50,000 francs conservés par le mari : d'où naît pour lui l'obligation d'en restituer 25,000 à ses copartageants (1).

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 323; Dem., t. I, p. 244.

— De même que la femme, le mari a le droit de conserver à tout événement les biens dont il est propriétaire et dont il s'est réservé la jouissance : l'obligation de restituer, et par suite l'obligation de donner caution, ne les concerne point.

Mais que décider relativement à ceux de ses biens personnels dont la jouissance appartient à la communauté? Suivant l'opinion commune, il est, quant à eux, dispensé de donner caution. Et, en effet, ils ne peuvent être en aucun cas l'objet d'une restitution : les fruits qu'il a perçus *avant* le décès de sa femme, c'est-à-dire pendant que durait encore la communauté, il a le droit de les dissiper; ceux qu'il a perçus *postérieurement* lui appartiennent exclusivement, puisque la communauté n'existait plus à l'époque de leur perception. Quel compte peut-il donc avoir à rendre (1)?

En résumé, relativement à quels biens la femme et le mari doivent-ils donner caution?

458. — En résumé, la femme et le mari doivent donner caution :

1° ***Pour leurs gains de survie;***

2° ***Pour leur part dans la communauté.***

Ils sont, au contraire, l'un et l'autre affranchis de cette obligation relativement aux biens dont ils ont tout à la fois la propriété et la jouissance.

Quant aux biens dont ils ont la propriété et dont la communauté a la jouissance, la femme est tenue de l'obligation de donner caution; le mari, au contraire, en est affranchi.

L'époux qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté est-il tenu d'inventorier et de vendre le mobilier? Les différences que la loi a établies entre lui et l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté sont-elles rationnelles?

459. — La loi n'impose point à l'époux qui opte ***pour la dissolution provisoire*** de la communauté les garanties de restitution (inventaire, vente du mobilier, emploi des capitaux) qu'elle exige de celui qui opte ***pour la continuation***. Ainsi, le premier, obligé de donner caution, est affranchi de l'obligation de procéder à l'inventaire du mobilier, à la vente des meubles et à l'emploi du prix en provenant; le second, obligé de donner ces garanties de restitution, est affranchi de l'obligation de donner caution. Ces distinctions sont peu rationnelles; mais, puisqu'elles sont formelles, il n'est point permis de les rejeter.

Quelle est l'étendue de ses pouvoirs sur les biens qui lui sont provisoirement remis? Dans quel cas l'art. 127 lui est-il applicable?

Quant à l'étendue des pouvoirs qu'a sur les biens qui lui sont provisoirement remis l'époux qui a opté pour la dissolution de la communauté, et aussi quant à l'application de l'article 127, il faut, je crois, s'en référer aux règles que nous avons appliquées (voy. les nos 448, 449, 453 à 455) à l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté.

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 322; M. Demol., t. II, n° 301.— Marcadé est d'un avis contraire. Lors, dit-il, que la femme absente est décédée postérieurement au partage provisoire, le mari est comptable envers ses héritiers des fruits par lui perçus pendant que durait la communauté et qu'il a dissipés *dans l'intervalle de la dissolution réelle au jour du nouveau partage* : donc il y a, même quant aux biens propres du mari, restitution possible, et, par suite, obligation de donner caution.

§ III. *De l'envoi en possession définitif.*

Art. 129.

Quand peut être demandé l'envoi en possession définitif?

460. — I. Quand il peut être demandé. — Il peut l'être quand le décès de l'absent est très probable, à peu près certain; or, cette quasi-certitude existe dans deux cas :

Lorsqu'il y a eu un intervalle entre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, de quel jour courent les trente ans après lesquels peut être demandé l'envoi définitif?

461. — « 1° Lorsqu'il s'est écoulé trente ans à compter de l'envoi en possession provisoire (ou de l'époque à laquelle l'époux commun a opté pour la continuation de la communauté). »

« *A compter de l'envoi en possession provisoire*... » C'est la disposition textuelle de la loi. Cependant on tient généralement que les trente ans courent, non pas seulement du jour de l'envoi en possession provisoire, mais du jour *où il a pu être demandé,* c'est-à-dire du jour de la déclaration d'absence. Si la loi a désigné comme point de départ des trente ans l'envoi en possession provisoire, c'est qu'il a lieu, le plus habituellement, en même temps que la déclaration d'absence. On se rappelle, en effet, que ceux qui y ont droit peuvent y conclure en même temps qu'ils provoquent la déclaration, et qu'ils peuvent, par suite, obtenir l'un et l'autre bénéfice par un seul et même jugement (voy. le n° 411). Mais, si, par aventure, l'envoi n'a lieu que postérieurement à la déclaration, les trente ans à l'expiration desquels l'envoi en possession définitif peut être demandé courent, même dans ce cas, à compter du jour de la déclaration. Quelle est, en effet, la pensée de la loi? Elle veut évidemment que l'envoi en possession définitif puisse être demandé dès que la présomption du décès de l'absent a acquis une si grande probabilité qu'elle touche presque à la certitude! Cette présomption est fondée sur le temps qui s'est écoulé depuis la disparition de l'absent; or, a-t-elle moins de force dans le cas où ceux qui ont provoqué la déclaration d'absence n'ont pas immédiatement demandé l'envoi en possession provisoire que dans l'hypothèse contraire? Cette circonstance est tout à fait insignifiante : donc..., etc. (1).

Ainsi, l'absence ne peut être déclarée qu'après cinq ou onze ans, à compter du jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles (voy. le n° 391); l'envoi en possession définitif ne peut être demandé qu'après trente ans depuis la déclaration : il faut donc, pour qu'il ait lieu, qu'il se soit au moins écoulé trente-cinq ou quarante-un ans depuis la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles.

Quand peut-on l'obtenir avant l'expiration de ces trente ans?

462. — « 2° Lorsqu'il s'est écoulé cent ans à compter de la naissance de l'absent. » Dans ce cas, l'envoi en possession définitif peut être demandé avant l'expiration des trente ans à compter de la déclaration : dès que l'absence est déclarée, il peut

(1) M. Demol., t. II. n° 148. *Contrà,* M. Laurent, t. II, n° 222.

avoir lieu. Ceux qui y ont droit et qui y concluent peuvent, sans passer par l'intermédiaire de l'envoi en possession provisoire, l'obtenir immédiatement, par le jugement même qui statue sur la demande en déclaration d'absence.

Quelles personnes y ont droit ?

463. — II. QUELLES PERSONNES PEUVENT L'OBTENIR. — Il est ouvert au profit de tous ceux qui ont obtenu *légitimement* l'envoi en possession provisoire, ou qui, ayant le droit de l'obtenir, ne l'ont pas demandé. Il se peut donc que ceux qui ont obtenu l'envoi *provisoire* n'aient pas droit à l'envoi *définitif*, et, réciproquement, que telles personnes qui n'ont pas obtenu l'envoi provisoire aient droit à l'envoi définitif. Ainsi, lorsque, par erreur ou autrement, l'envoi provisoire a été accordé à des parents qui n'y avaient pas droit, parce qu'étant moins proches que d'autres parents dont on ignorait l'existence ou qui n'ont pas réclamé, ils se trouvaient n'être pas héritiers présomptifs de l'absent au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, le droit à l'envoi définitif appartient, non pas à ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire, mais à ceux qui, pouvant l'obtenir, ne l'ont pas demandé. — Pourvu toutefois qu'ils réclament avant que leur droit soit éteint par l'effet de la prescription. Je reviendrai sur ce point (voy. les n°s 478 et suiv.).

Comment l'obtient-on ?

464. — III. COMMENT ON L'OBTIENT. — Il n'a pas lieu de plein droit par la seule échéance du terme après lequel il peut être obtenu. Ceux qui y ont droit s'adressent au tribunal de première instance qui a déclaré l'absence (voy. la *Form.* 62). Le tribunal l'accorde immédiatement, ou après s'être assuré, par une enquête, qu'on n'a pas de nouvelles de l'absent. L'enquête est ici, non plus *obligatoire,* comme lorsqu'il s'agit de déclarer l'absence, mais simplement *facultative :* l'article 129, en effet, ne l'exige point.

Art. 129 et 132.

Quels sont ses effets ?

465. — IV. DE SES EFFETS. — Il fait cesser l'envoi en possession provisoire (ou l'administration légale). Le partage des biens de l'absent peut être demandé par tous les ayant-droit; rien ne le suspend plus.

Ce partage, au reste, sera rarement nécessaire : car, dans la plupart des cas, il aura été opéré à la suite de l'envoi provisoire.

Dans quels cas y a-t-il lieu de procéder au partage des biens après l'envoi définitif ?

La nécessité d'y procéder n'aura lieu que dans les cas suivants :

1° Lorsque les ayant-droit ont obtenu l'envoi définitif sans passer par l'intermédiaire de l'envoi en possession provisoire; ce qui peut arriver lorsqu'ils l'obtiennent sur le motif qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (voy. le n° 462), ou lorsque l'envoi provisoire a été empêché par suite de l'option faite par l'époux présent pour la continuation de la communauté;

2° Lorsque l'envoi provisoire, ayant été demandé et obtenu, ne l'a été que par quelques-uns des ayant-droit;

3° Lorsque les envoyés provisoires n'ont fait qu'un simple partage provisionnel ou de jouissance;

4° Lorsque l'envoi définitif est conféré à des parents autres que ceux qui avaient obtenu l'envoi en possession provisoire.

466. — Toutes les mesures prescrites pendant la seconde période, dans l'intérêt de l'absent et en prévision de son retour, disparaissent. Ainsi : 1° plus de garanties de restitution; 2° plus de réserve, au profit de l'absent, d'une portion des fruits; 3° plus de restriction dans les pouvoirs de ceux qui sont nantis de ses biens.

1° *Plus de garanties de restitution.* — Les envoyés en possession définitive n'ont point d'inventaire à faire, ni de caution à donner.

Les envoyés définitifs sont-ils soumis à des garanties de restitution?

Les cautions qui ont été précédemment données par les envoyés en possession provisoire sont déchargées. Remarquons, à cet égard :

Les cautions données par les envoyés en possession provisoire continuent-elles d'être obligées?

A partir de quel moment sont-elles déchargées?

D'une part, que leur décharge s'opère de plein droit, sans jugement, par la seule échéance du terme après lequel l'envoi en possession définitif peut avoir lieu, et qu'ainsi elle en est indépendante. Dès lors elle a lieu *avant même qu'il soit demandé*. L'article 129 est formel sur ce point : la décharge des cautions y est, en effet, présentée comme une conséquence, non pas de l'envoi en possession définitif, mais de l'arrivée du terme après lequel il peut être demandé (1).

Ne le sont-elles que pour l'avenir?

D'autre part, que leur décharge est complète et absolue. Elles sont libérées, non seulement pour *l'avenir,* mais encore pour le *passé :* la prescription de trente ans les a mises à l'abri de toute recherche. Elles avaient, en effet, cautionné, non pas tel ou tel acte de gestion, mais l'obligation de rendre compte, imposée aux envoyés en possession provisoire; or, cette obligation, et, par suite, celle qu'elles ont contractée, ayant commencé avec l'envoi en possession provisoire, se trouve prescrite par les trente ans qui se sont écoulés depuis cette époque jusqu'à l'envoi en possession définitif (2).

Les envoyés définitifs doivent-ils rendre, en cas de restitution des biens, une portion des fruits qu'ils en ont retirés?

2° *Plus de réserve d'une portion des fruits au profit de l'absent.* — Les fruits que les envoyés ont perçus, soit avant, soit depuis l'envoi en possession définitif, leur appartiennent désormais *en totalité* (voy. le n° 432).

En quel sens l'envoi qu'ils ont obtenu est-il *définitif?* — N'est-il pas *provisoire* sous un certain rapport?

3° *Plus de restriction dans les pouvoirs des envoyés en possession.* — Il importe ici de déterminer le sens exact du mot *définitif* dont se sert la loi. Pris à la lettre et dans son sens grammatical,

(1) Dur., t. I, n° 501; MM. Demol., t. II, n° 160 ; Laurent, t. II, n° 229. — *Contrà*, Val., *sur Proud.*, t. I, p. 326.

(2) Dur., t. I, n° 502; M. Demol., n° 161. — Ces auteurs ne disent point ce qu'il faut décider dans le cas où il s'est écoulé moins de trente ans entre l'envoi provisoire et l'envoi définitif. Si l'absent revient après l'envoi définitif, mais avant trente ans depuis l'envoi provisoire, les cautions sont-elles déchargées même pour le passé? L'argument qui sert de base à leur système conduit, ce me semble, à la solution négative de cette question. Voy. aussi M. Laurent, t. II, n° 230.

ce mot conduirait à dire que les envoyés ont acquis *irrévocablement et à toujours* le patrimoine de l'absent, en d'autres termes, qu'ils ont, *à tout événement,* le droit de conserver les biens qu'ils ont reçus, ce qui exclurait toute idée de restitution ultérieure. Ce n'est pas là pourtant le système qu'a suivi la loi.

467. — Dans le projet du Code, l'envoi en possession définitif était, du moins en général, réellement et bien effectivement *définitif,* dans toute la rigueur du mot. Ceux qui l'obtenaient acquéraient sur les biens auxquels il s'appliquait une propriété *incommutable,* c'est-à-dire non révocable ou sujette à restitution. L'absent de retour n'avait rien à réclamer.

468. — Toutefois, une exception avait été admise. Les enfants de l'absent qui justifiaient de la date de son décès et qui, à cette époque, étaient *mineurs,* avaient droit à la restitution de ses biens : quant à eux, mais quant à eux seulement, l'envoi en possession définitif n'était réellement qu'un envoi *provisoire.* Sous tous autres rapports, et à l'égard de toutes autres personnes, l'envoi était réellement définitif, c'est-à-dire irrévocable.

468 *bis.* — Ce système a paru trop dur : on l'a rejeté. Nous verrons bientôt que les envoyés en possession définitive pourront avoir à restituer les biens : 1° à l'absent lui-même, s'il revient; 2° à ses enfants, mineurs ou non; 3° à ses autres héritiers. Sous ce triple rapport, l'envoi *définitif* n'est, en réalité, qu'un envoi *provisoire.*

A quel point de vue est-il donc véritablement *définitif?* La loi lui attribue ce caractère, dans les rapports de l'envoyé et *des tiers* qui traitent avec lui, en ce sens que tous les droits qu'il consent sur les biens de l'absent sont *irrévocables,* même à l'égard de ce dernier et de ses ayant-cause. Je m'explique.

L'envoyé en possession *provisoire* n'est qu'un *dépositaire,* un *administrateur* des biens de l'absent. Le mandat que lui confère son titre d'envoyé est limité aux actes *d'administration;* les actes *de disposition* sont en dehors de ses pouvoirs. L'absent de retour ou ses ayant-cause respectent les premiers ; les seconds sont nuls à leur égard (voy. les n°s 417 et suiv.).

Quelle différence y a-t-il entre les pouvoirs d'un envoyé *provisoire* et ceux d'un envoyé *définitif?*

Ainsi, les aliénations d'immeubles, les hypothèques ou les servitudes..., constituées par un envoyé en possession provisoire, sont provisoires ou révocables, comme le droit dont il est investi. Les tiers qui traitent avec lui traitent donc sans sécurité, toutes les fois qu'il dépasse ses pouvoirs d'administrateur : l'absent de retour ou ses ayant-cause peuvent les évincer des droits qu'ils ont cru acquérir, tout aussi bien qu'ils pourraient évincer l'envoyé lui-même.

L'envoyé *définitif* a un mandat bien plus étendu. Son pouvoir n'est plus borné aux actes *d'administration;* il comprend même les actes *de disposition.* Ainsi, il peut valablement aliéner les immeubles, constituer des hypothèques, sans aucune condition ni formalité, comme le ferait un propriétaire absolument maître de

ses droits. Les tiers qui traitent avec lui ont une entière sécurité. Aucun danger d'éviction ne les menace. L'absent de retour ne peut point les inquiéter; tous les actes qui émanent de l'envoyé, son mandataire, l'obligent comme s'il les avait faits lui-même.

469. — En résumé, l'envoi en possession définitif est ***provisoire***, en ce sens que ceux qui l'ont obtenu pourront être obligés de restituer à l'absent ou à ses ayant-cause ce qu'ils auront conservé de sa fortune; ***définitif***, en ce sens qu'ils peuvent conférer, en traitant avec les tiers, des droits irrévocables que l'absent lui-même sera tenu de respecter.

Comment peut-on résumer ce système?

470. — Tout ce système se résume en cette formule : L'absent, s'il revient, ou ses ayant-cause, recouvre l'universalité de ses biens, telle qu'elle est dans les mains de l'envoyé au moment de la restitution. Celui-ci n'est tenu envers l'absent que *quatenus locupletior factus est* : sa responsabilité est à couvert dès qu'il ne s'enrichit point à ses dépens. — Parcourons quelques espèces.

L'envoyé a-t-il conservé les biens dont il a eu la possession : l'absent ou ses ayant-cause les reprennent en nature, dans l'état où ils se trouvent.

Les a-t-il détériorés : sa responsabilité n'est engagée qu'autant qu'il a profité des détériorations, et dans la limite seulement du profit qu'il en a retiré.

Quid, si l'envoyé définitif a détérioré les biens qu'il est obligé de rendre?

Les a-t-il améliorés : on distingue. Aucune indemnité ne lui est due quant aux dépenses *d'entretien* qu'il a faites : elles sont, en effet, la charge des fruits qu'il a perçus et qu'il conserve en totalité. Les *grosses* réparations, au contraire, sont la charge du capital qu'il restitue : l'absent ou ses ayant-cause doivent donc lui en tenir compte (voy. le n° 420).

Quid, s'il les a améliorés?

On lui doit même les dépenses qu'il a faites sans nécessité, mais qui ont procuré une plus-value aux biens qu'il restitue : car, s'il est juste qu'il ne retienne rien de la fortune de l'absent, l'équité demande également que celui-ci ne s'enrichisse pas à ses dépens.

Quid, s'il a fait des dépenses qui n'étaient pas nécessaires?

S'il a d'un côté détérioré, et de l'autre amélioré les biens, indemnité lui est due, même dans ce cas, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il a produite : car, n'étant point débiteur, c'est-à-dire responsable des détériorations dont il n'a point tiré profit, sa créance des améliorations subsiste intacte : aucune compensation n'est possible, puisqu'il n'existe qu'une seule dette, celle dont l'absent est tenu envers lui (1).

Quid, s'il a d'un côté amélioré, et détérioré de l'autre?

A-t-il fait des échanges : les biens acquis sont subrogés au lieu et place des biens aliénés.

Quid, s'il a fait des échanges?

471. — A-t-il fait des ventes : on distingue si le prix est encore dû ou s'il a été payé. Au premier cas, l'absent reprend la créance du prix, au lieu et place du bien qui a été vendu. Au second, la

Quid, s'il a fait des ventes?

(1) M. Demol., t. II, n° 167.

restitution a pour objet l'argent qu'a touché l'envoyé, *s'il est resté entre ses mains*. Mais s'il l'a employé? On distingue encore. L'envoyé a pu, en effet, faire l'emploi du prix :

1° *Au nom de l'absent,* en déclarant, par exemple, dans un acte de prêt ou d'acquisition, que l'argent qu'il prête ou qu'il paie provient de la vente d'un bien dont il était propriétaire en qualité d'*envoyé définitif*. Dans ce cas, les chances bonnes ou mauvaises de l'emploi sont au compte de l'absent. C'est pour lui que les biens nouvellement acquis périssent ou s'améliorent.

Quid. dans le cas où, ayant employé le prix en son propre nom, les biens acquis ont péri ou se sont détériorés?

2° *En son propre nom,* c'est-à-dire en plaçant le prix qu'il a reçu ou en l'employant à acquérir un bien, *sans indiquer dans l'acte de prêt ou d'acquisition la source de l'argent qu'il a prêté ou payé.* Dans ce cas, les biens nouvellement acquis lui appartiennent; l'absent ne peut conclure qu'à la restitution *du prix*. L'envoyé n'est même pas tenu de le rendre, s'il prouve que les biens qu'il a acquis en l'employant ont péri. S'ils ont subi des détériorations, il est complètement quitte en les restituant dans l'état où ils se trouvent : car tout ce que la loi exige de lui, c'est qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens de l'absent (1).

Quid, s'il a fait des *donations* avec les biens de l'absent?

472. — Enfin, si l'envoyé a fait des *donations* avec les biens de l'absent, celui-ci ne peut rien reprendre aux *donataires,* qui, de même que les acquéreurs à titre onéreux, sont protégés contre toute éviction. Quant à l'envoyé qui a donné les biens, il n'a, du moins en principe, aucune indemnité à payer à l'absent. Il n'est tenu envers lui que *quatenus locupletior factus est;* or, il n'a tiré aucun profit des *donations* qu'il a faites.

Toutefois, s'il a disposé des biens, soit pour doter l'un de ses enfants, soit pour lui fournir un établissement, on peut dire, dans ce cas, qu'en employant dans ce but la fortune de l'absent, il a gagné la *portion de ses biens personnels qu'il aurait affectée à l'établissement de son enfant.* Ce profit ne doit point lui rester; il en doit compte. Bien entendu, la somme à restituer doit être calculée eu égard, non pas à la valeur des biens dont il a appauvri l'absent, mais au profit qu'il en a lui-même retiré; or, s'il eût été réduit à ses propres biens, la donation qu'il a faite n'eût certainement pas été aussi considérable. On doit donc, pour déterminer le tarif de l'indemnité dont il est chargé, évaluer approximativement quel eût été, dans cette hypothèse, le chiffre de la donation dont il eût gratifié son enfant. Il n'est tenu, en un mot, que *quatenus propriæ pecuniæ pepercit* (2).

Art. 130 et 132.

473. — V. DES ÉVÉNEMENTS QUI PEUVENT FAIRE CESSER L'ENVOI EN

(1) Dem., t. I, p. 266; M. Demol., t. II, nos 170, 171 et 175. — Val., *sur Proud.*, t. I, p. 329, enseigne que l'envoyé est tenu du prix lors même qu'il l'a dissipé. Quant à M. Laurent (t. II, n° 236), il nie qu'il puisse jamais y avoir, de la part de l'envoyé, *déclaration de remploi.*

(2) Dur., t. I, n° 506; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 330; Dem., p. 267; MM. Demol., t. II, n° 157; Laurent, t. II, n° 237.

POSSESSION DÉFINITIF. — Deux événements seulement peuvent le faire cesser :

Quels événements peuvent faire cesser l'envoi en possession définitif?

Quid, lorsqu'on a la preuve de l'existence de l'absent?

Quid, si l'on a la preuve de son décès?

1° *La preuve acquise de l'existence de l'absent;*

2° *La preuve acquise de son décès.*

Dans le premier cas, les envoyés rendent leurs comptes à l'absent lui-même.

Dans le second, ils gardent les biens, à titre de propriétaires incommutables, c'est-à-dire en qualité d'*héritiers* proprement dits; à moins que d'autres parents de l'absent n'établissent qu'au moment de son décès ils étaient, eux, ses parents les plus proches, et par suite ses véritables héritiers; auquel cas les biens doivent leur être restitués.

474. — VI. DES PERSONNES QUI PEUVENT EXIGER DES ENVOYÉS DÉFINITIFS LA RESTITUTION DES BIENS; DES ACTIONS QU'ELLES ONT A CET EFFET ET DE LA DURÉE DE CES ACTIONS. — Peuvent exiger cette restitution :

Quelles personnes peuvent avoir droit à la restitution des biens de l'absent après l'envoi définitif?

Ce droit peut-il s'ouvrir au profit de ses *ascendants* ou de ses *collatéraux?*

1° L'absent lui-même, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles.

2° Ceux qui, apportant la preuve de son décès, établissent qu'à l'époque de son décès ils étaient ses parents les plus proches, et, par suite, ses héritiers. — Ce droit à la restitution appartient, non seulement aux *descendants,* mais encore aux autres parents, c'est-à-dire aux *ascendants* et aux *collatéraux* de l'absent. L'article 130, en effet, ne distingue pas. La règle est générale : la succession, ouverte *par le décès* de l'absent, y est déclarée ouverte au profit de *ses héritiers* les plus proches à cette époque.

Cette solution a été contestée.

« L'article 130, a-t-on dit, règle le cas où la restitution est exigée *pendant l'envoi en possession provisoire;* les articles 132 et 133 règlent l'hypothèse contraire, celle où la restitution est demandée *après l'envoi en possession définitif.*

« L'article 130 est général, cela est vrai : pendant l'envoi en possession provisoire, le parent *quel qu'il soit,* qui établit qu'il était, à l'époque du décès de l'absent, son parent le plus proche, a droit à la restitution des biens.

« Les articles 132 et 133, au contraire, ne sont plus conçus en termes généraux. Après l'envoi en possession définitif, le droit à la restitution des biens s'ouvre au profit de l'absent qui reparaît, ou de ses *descendants;* or, *qui dicit de uno negat de altero :* donc les parents, autres que les *descendants,* de l'absent, n'ont jamais droit, *après l'envoi définitif,* à la restitution des biens » (1).

Une raison décisive a fait rejeter ce système. L'article 130, dans sa première rédaction, le consacrait explicitement : il y était dit, en effet, que le décès de l'absent n'ouvrirait sa succession au profit de ses parents les plus proches lors de ce décès, qu'autant que la preuve en serait apportée *pendant l'envoi en*

(1) Maleville, sur l'art. 130; Zachariæ, § 157 *a*.

possession provisoire; or, ces derniers mots ont été retranchés. Leur suppression montre clairement la pensée de la loi : la règle consacrée par l'article 130, qui, dans l'origine, ne s'appliquait qu'à *l'envoi en possession provisoire,* a été, dans la rédaction définitive, généralisée et rendue commune à tous les cas (1).

Les descendants n'ont-ils pas un privilège que n'ont pas les ascendants ou les collatéraux ?

475. — Toutefois nous verrons tout à l'heure que l'article 133 accorde aux *descendants* de l'absent un privilège dont ne jouissent pas ses *ascendants* ou ses *collatéraux.*

Qu'arrive-t-il lorsqu'il existe des parents qui, au moment de la disparition de l'absent, étaient plus ou aussi proches parents que ceux qui ont obtenu l'envoi définitif ?

476. — 3° Ceux qui, à l'époque de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, étaient plus ou aussi proches parents que ceux qui ont obtenu l'envoi en possession définitif (voy. le n° 402).

Remarquons que, dans cette troisième hypothèse, l'envoi en possession définitif ne cesse point; il est alors *remplacé* par un autre, ou *partagé,* suivant que ceux qui se présentent, sont héritiers *à l'exclusion* des envoyés actuels ou *conjointement* avec eux.

Par quelle action l'absent de retour peut-il réclamer la restitution de ses biens ?
Cette action est-elle prescriptible ?

477. — L'absent de retour a, pour réclamer la restitution de ses biens, une véritable action *en revendication.*

Cette action est *imprescriptible,* soit quant à lui, soit même, s'il est mort avant de l'avoir exercée, quant à ceux qui la trouvent dans sa succession. Que sont, en effet, dans leurs rapports avec l'absent, les envoyés définitifs? De simples *dépositaires,* et, par suite, des *détenteurs précaires!* Or, ceux qui possèdent à ce titre, « ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit » (art. 2236).

Quelle action ont ses descendants, ascendants ou collatéraux, qui établissent qu'au moment de son décès ils étaient ses parents les plus proches ?
Cette action est-elle prescriptible ?
A quelle condition l'est-elle ?

478. — Les parents quels qu'ils soient, descendants, ascendants ou collatéraux, qui établissent qu'*au moment du décès de l'absent* ils étaient ses parents les plus proches, demandent la restitution des biens par une véritable *pétition d'hérédité.*

Cette action est *prescriptible* par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262).

La prescription ne court point contre une action qui n'est pas encore ouverte; l'action en pétition d'hérédité ne s'ouvre que par le décès de l'absent : ce n'est donc qu'à partir de cette époque, au plus tôt, que la prescription peut courir contre elle.

La prescription dont il s'agit, étant *acquisitive,* ne peut commencer qu'avec la possession des biens : car la possession est le fondement de toute prescription acquisitive (art. 2229).

Nous arrivons donc nécessairement à ce résultat que l'action en pétition de l'hérédité de l'absent n'est prescriptible qu'autant que deux conditions concourent : décès de l'absent, et envoi en possession de ses biens au profit d'un autre que le véritable ayant-droit (2).

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 336; Dur., t. I, n° 530; Dem., t. I, n° 171 *bis*, II; MM. Demol., t. II, n° 192; Aubry et Rau, t. I, § 157, note 15; Laurent, t. II, n° 242.
(2) Ainsi, la prescription ne court point pendant l'administration légale de

Les trente ans après lesquels elle est prescrite courent donc du jour du décès de l'absent, si l'envoi en possession est antérieur à cette époque, ou, dans l'hypothèse contraire, du jour de l'envoi.

Peu importe, au reste, que l'envoi soit *définitif* ou simplement *provisoire*. Les envoyés en possession provisoire ne sont, en effet, dépositaires ou simples détenteurs précaires que dans leurs rapports avec l'absent ou ceux qui le représentent. Relativement à toutes autres personnes, et, par conséquent, relativement à ceux de ses parents qui étaient ses véritables héritiers au jour de son décès, ils possèdent *animo domini*, pour eux-mêmes, avec l'intention de s'approprier et de conserver les biens qu'ils détiennent (1).

Quelle action ont les parents qui établissent qu'ils étaient, au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, plus ou aussi proches que ceux qui ont obtenu l'envoi définitif?

479. — Les parents qui établissent qu'ils étaient, *au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles*, ses héritiers présomptifs, à l'exclusion de ceux qui ont été envoyés en possession de ses biens, ou conjointement avec eux, peuvent réclamer les biens, non plus en qualité d'héritiers véritables et par une action en pétition d'hérédité proprement dite, laquelle suppose prouvé le décès de l'absent, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce, mais en qualité d'héritiers présomptifs et par une action en pétition de la *possession* de l'hérédité.

Cette action est-elle prescriptible? Quand commence à courir la prescription? Ne faut-il pas ici faire une distinction?

Cette action, de même que la pétition d'hérédité, se prescrit par trente ans.

Les trente ans courent, lorsqu'elle appartient à des *ascendants* ou à des *collatéraux* de l'absent, *du jour de l'envoi en possession* PROVISOIRE.

Mais, par un privilège spécial, ils ne commencent à courir, quand elle appartient *à ses descendants*, que du jour *de l'envoi en possession* DÉFINITIF; ce qui peut porter jusqu'à soixante-cinq et même jusqu'à soixante-onze ans le temps pendant lequel leur action peut être utilement exercée.

Ce délai de trente ans est-il suspendu pendant la minorité des enfants?

480. — Ce délai de trente ans, jusqu'à l'expiration duquel les descendants peuvent agir, même après l'envoi en possession définitif, est-il suspendu *pendant leur minorité*, conformément au droit commun de la prescription?

La négative est soutenue. « Ce délai, dit-on, n'est point qualifié de *prescription* par l'article 133 : les règles qui régissent la prescription ne lui sont donc pas applicables. C'est un délai fixe, que rien ne peut augmenter; autrement, la propriété des biens de l'absent pourrait rester indéfiniment incertaine, ce qui n'est pas dans l'esprit du Code » (2).

l'époux présent : personne ne s'attribuant, au préjudice de l'ayant-droit, le titre d'héritier réel ou présomptif, il n'y a pas de possession qui puisse servir de base à la prescription (Dem., t. I, p. 272).

(1) Dem., t. I, p. 271 et 279; Dur., t. I, p. 531; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 333; M. Demol., t. II, nº 193. — Suivant M. Laurent (t. II, nº 244), il s'agit ici d'une prescription extinctive : l'action des héritiers doit être intentée dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession, *par application de l'art.* 789.

(2) Dur., t. I, nº 513; Marc., sur l'art. 133.

L'affirmative me semble mieux fondée.

L'article 133 porte que l'action sera recevable pendant les trente ans qui suivent l'envoi en possession définitif; qu'après ce délai, elle ne le sera plus : ne sont-ce pas là les caractères de la prescription proprement dite? Le mot *prescription* n'est pas, il est vrai, écrit dans le texte même de notre article; mais les rédacteurs du Code l'ont plusieurs fois répété dans leurs *exposés de motifs* (1). Peu importe d'ailleurs le mot, si la chose existe. Enfin, on ne comprendrait pas que la loi, en accordant aux descendants une faveur spéciale, les eût, en même temps, privés d'un bénéfice du droit commun. Ce bénéfice tiendra, dit-on, la propriété indéfiniment incertaine! La réponse à cette objection est bien simple. La propriété, dans l'espèce, n'est pas le moins du monde incertaine : car, l'envoyé définitif étant *propriétaire incommutable* dans ses rapports avec les tiers, ceux-ci ne peuvent être inquiétés ni par l'absent ni par ses descendants (voy. les nos 468 et 469). Cette prétendue incertitude de la propriété ne prouverait rien d'ailleurs, alors même qu'elle serait vraie, puisque c'est le résultat ordinaire de la théorie générale de la suspension des prescriptions pour cause de minorité ou d'interdiction (voy. l'explic. de l'art. 2252) (2).

12e Répétition.

SECTION II. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT.

Art. 135 et 136.

A quels biens se réfèrent l'envoi en possession provisoire et l'envoi en possession définitif?

Les règles qui régissent les droits qu'avait l'absent au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles sont-elles les mêmes que celles qui régissent les droits qui s'ouvrent à son profit pendant son absence?

Quels biens sont compris dans chacune de ces deux classes de droits?

481. — Les règles que nous avons étudiées, la présomption d'absence, l'envoi en possession provisoire et l'envoi en possession définitif, se réfèrent *aux biens que l'absent possédait au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.*

La loi s'occupe ici *des biens ou des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.* Nous verrons tout à l'heure combien sont grandes les différences qu'elle établit entre ces deux classes de biens : sachons donc les distinguer et les reconnaître.

482. — La première, la classe *des biens que l'absent possédait au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles,* comprend tous les droits qu'il avait acquis antérieurement à cette époque, c'est-à-dire les droits purs et simples ou à terme, qui, s'étant ouverts dans sa personne, formaient alors son patrimoine.

Il y faut même comprendre les droits conditionnels nés *d'un contrat :* car ces droits, quoique fort imparfaits, bien inférieurs aux droits purs et simples ou à terme, comptent *dès à présent* dans notre patrimoine. Nous pouvons, en effet, en disposer, les

(1) Voy. Fenet, t. VIII, p. 461 et 473.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 335; MM. Demol., t. II, no 185; Aubry et Rau, t. I, § 157, note 12.

céder ou les vendre, et, à notre mort, ils passent, de même que nos droits purs et simples ou à terme, à nos héritiers, quels qu'ils soient.

483. — La seconde, la classe des droits *éventuels,* comprend ceux qui ne s'ouvrent au profit de la personne qui est appelée à en profiter *qu'autant qu'elle est encore vivante au moment où s'accomplit l'événement,* je veux dire *la condition qui doit leur donner naissance ;* en d'autres termes, les droits dont l'acquisition est subordonnée *à l'existence de la personne qui est appelée à les recueillir.* Tels sont, par exemple :

1° Le droit de succéder : car, pour recueillir une succession, il faut être vivant au moment où elle s'ouvre (art. 725);

2° Le droit de recueillir un legs : le légataire, en effet, ne l'acquiert qu'autant qu'il survit au testateur (art. 1039). Remarquons même que, si le legs est *conditionnel,* il ne suffit pas, pour que le légataire l'acquière, qu'il survive au testateur; il faut de plus qu'il existe encore au moment où la condition se réalise (art. 1040). Le droit à un *legs* conditionnel, à la différence du droit conditionnel né d'un *contrat* (voy. le n° 482), reste donc parmi les droits *éventuels.*

3° Le droit de *retour,* c'est-à-dire le droit qu'a stipulé un donateur de reprendre la chose donnée *s'il survit au donataire* (art. 951). — Voyez d'autres exemples dans les articles 1053, 1089 et 1983.

Lorsque l'événement qui donne naissance à l'ouverture d'un droit arrive pendant l'absence de la personne qui est appelée à le recueillir, quel est, relativement à ce droit, l'effet de l'absence ?

484. — Lorsque le fait qui amène l'ouverture d'un droit jusqu'alors éventuel arrive *pendant l'absence* de la personne qui est appelée à le recueillir, quel est, relativement à ce droit, l'effet de l'absence? l'absent est-il réputé *mort* ou est-il réputé *vivant?* Telle est la question prévue et réglée en ces termes par l'article 135 : « Quiconque réclame un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, doit prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; jusqu'à cette preuve, il est non recevable dans sa demande. »

Quel est le fondement de cette règle ?

Cette disposition n'est, au reste, que l'application ordinaire de la théorie des preuves.

Quiconque réclame un droit doit prouver l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonnée son acquisition. Tout demandeur qui ne fait pas la preuve du droit qu'il réclame n'est pas écouté : en justice, on n'obtient que ce que l'on prouve (art. 1315).

Ainsi, lorsque les héritiers présomptifs d'un absent réclament de son chef une succession, que doivent-ils prouver pour l'obtenir ?

Quid, s'ils ne font pas cette preuve ?

Supposons donc que les créanciers ou les héritiers présomptifs d'une personne *absente* réclament, *en son nom,* un droit éventuel qui s'est ouvert *pendant son absence :* que devraient-ils faire pour réussir? Etablir que l'absent, au nom duquel ils se présentent, *existait au moment où s'est ouvert le droit qu'ils réclament !* Or, cette preuve, ils ne la font pas : car l'absence constitue précisément l'*incertitude* de la vie, et le *doute* n'est pas une preuve.

Que fait-on alors de cette succession?

Ainsi, ils ne sont point écoutés : l'absent est réputé mort quant au droit éventuel qui s'est ouvert à son profit. Mais ce droit qu'il est réputé n'avoir pas acquis, et qui, par suite, n'est pas compris parmi les *biens qu'il possédait au jour de sa disparition* ou *de ses dernières nouvelles,* que devient-il? Il est attribué *provisoirement,* non pas aux héritiers présomptifs de l'absent, mais à ceux qui l'acquerraient *définitivement* si l'absent était réellement mort au moment où il s'est ouvert; en d'autres termes, à ceux auxquels l'existence de l'absent, si elle était prouvée, ferait obstacle.

La loi fait elle-même l'application de ce système à un cas spécial. Les créanciers ou les héritiers présomptifs d'une personne absente viennent, de son chef, réclamer une succession qui, selon leur dire, s'est ouverte à son profit : leur demande est-elle recevable? Oui, s'ils prouvent que la succession qu'ils réclament au nom de l'absent s'est ouverte *avant* sa disparition ou ses dernières nouvelles, c'est-à-dire à une époque où son existence était certaine; non, dans le cas contraire.

La succession qu'ils n'obtiennent pas, faute de prouver l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonnée son acquisition, c'est-à-dire l'existence de l'absent à son ouverture, est alors dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de l'acquérir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Un absent peut-il être *représenté* par ses enfants dans les successions qui admettent le principe de la représentation?

485. — On a sur ce cas soulevé la question de savoir si, dans les successions qui admettent le principe de la représentation, un absent peut être *représenté* par ses enfants (voy. l'art. 739). Paul meurt laissant un frère qui est présent et les enfants d'un autre frère qui est absent : le frère présent succède-t-il seul, à l'exclusion de ses neveux? Ceux-ci, au contraire, n'ont-ils pas le droit de concourir avec lui, par représentation de leur père?

Proudhon a soutenu que l'absent ne peut pas être représenté. En effet, dit-il, on ne représente que les personnes *décédées* avant le *de cujus :* l'article 744 est formel sur ce point. Or, rien ne prouve que l'absent soit décédé à l'époque de l'ouverture de la succession..... Donc (etc.).

Ce système est universellement rejeté. L'absent ne peut pas être, relativement au même objet et entre les mêmes personnes, réputé tout à la fois *mort* et *vivant,* mort à l'effet de l'exclure de la succession, vivant à l'effet de le rendre incapable d'être représenté par ses enfants : ces deux présomptions étant contradictoires et exclusives l'une de l'autre, la loi n'a pu les admettre cumulativement. Elle n'en admet qu'une seule, la présomption du décès. Si, en effet, elle le présumait vivant, c'est à ses propres héritiers qu'elle confierait la possession provisoire ou définitive de la succession; or, ce n'est pas ce qu'elle fait : elle l'attribue à ceux auxquels l'existence de l'absent, si elle était prouvée, ferait obstacle. Elle le suppose donc décédé, puisqu'elle admet provisoirement les effets que son décès produirait réellement s'il était prouvé!

Sa pensée bien évidente est celle-ci : lorsqu'une personne désignée par la loi pour succéder est absente au moment de l'ouverture de la succession, il faut, la considérant comme morte à cette époque, appliquer les règles ordinaires des successions, et par conséquent la représentation, s'il y a lieu. Autrement, il ne serait plus vrai de dire, comme le fait en termes exprès notre article 136, que la succession ouverte au profit d'un absent est *dévolue à ceux... qui l'auraient recueillie à son défaut.*

486. — Les articles 135 et 136 s'appliquent à tous ceux *dont l'existence n'est pas reconnue,* et, par conséquent, tant aux *présumés* qu'aux *déclarés* absents. La remarque en a été faite au Conseil d'État.

Les art. 135 et 136 s'appliquent-ils aux *non-présents ?*

Ces articles sont, au contraire, étrangers aux *non-présents.* Ainsi, lorsqu'une succession s'ouvre au profit d'une personne qui n'est pas actuellement à son domicile, mais dont l'existence n'est pas sérieusement incertaine, soit parce que son absence est toute récente, soit parce qu'elle s'explique par des motifs dont la nature écarte la supposition raisonnable de son décès, ses cohéritiers, ou ceux qui seraient appelés à son défaut si son existence était *incertaine,* ne l'excluent point ; elle succède concurremment avec eux ou à leur exclusion. Des mesures conservatoires sont même prescrites par la loi dans son intérêt (voy. les art. 819, C. civ., 909-3°, 928, 931 et 942, C. pr.).

Toutefois, si depuis l'ouverture de la succession l'héritier non présent est, à cause de la prolongation de son silence, constitué plus tard en état de déclaration d'absence, ses cohéritiers ou ceux qui sont appelés à son défaut sont alors admis au bénéfice de l'article 136 : car l'incertitude que le défaut de ses nouvelles fait peser sur son existence remonte au jour de sa disparition.

487. — Au reste, il est bien entendu que les cohéritiers de l'absent peuvent, dans tous les cas, tenir son existence pour certaine, ce qui amène l'application de l'article 113. Mais cette renonciation volontaire au bénéfice de l'article 135 n'est que *provisoire,* c'est-à-dire subordonnée à cette condition sous-entendue, que l'absent reviendra ou donnera de ses nouvelles assez à temps pour empêcher la déclaration de son absence : ils peuvent donc, lorsque cette condition vient à défaillir, réclamer les biens qu'ils n'avaient abandonnés que dans la supposition de son existence.

Quid, si les cohéritiers d'un absent l'admettent à succéder avec eux ?

488. — Il nous reste à signaler les différences que la loi a établies entre les biens que l'absent possédait au jour de sa disparition, et les droits éventuels qui s'ouvrent à son profit pendant son absence.

Quelles différences y a-t-il entre les biens que l'absent possédait *avant* son absence et les droits qui se sont ouverts à son profit *depuis* qu'il est absent ?

489. — 1° Pendant la première période (la présomption d'absence), la loi ne confie à personne la possession des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition. Lorsqu'ils sont en souffrance, la justice y pourvoit, sur la réquisition des parties intéressées. Ce n'est qu'après que son absence a duré un certain temps, cinq ou onze ans au moins (art. 115, 119 et 121), après

enquête et publication (art. 116 et 118), qu'on les confie, sous le titre d'*envoi en possession provisoire,* à ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition. Cet envoi n'a pas lieu de plein droit ; il doit être demandé, et ne s'obtient qu'en vertu d'un jugement (art. 120).

Il n'en est pas de même des droits éventuels qui s'ouvrent au profit de l'absent depuis sa disparition : ceux qui sont appelés à les recueillir à son défaut en sont investis *de plein droit, immédiatement, sans enquête ni publication.*

490. — 2° Les envoyés en possession provisoire sont soumis à certaines conditions prescrites dans l'intérêt de l'absent et en prévision de son retour : ainsi ils donnent caution, ils inventorient le mobilier... (art. 120, 126).

La loi, au contraire, ne prescrit aucune mesure conservatoire des droits éventuels qui se sont ouverts au profit de l'absent depuis sa disparition : ceux qui en sont provisoirement investis en son lieu et place ne sont soumis ni à l'obligation de donner caution, ni à la formalité de l'inventaire. La loi a peut-être manqué de prévoyance à cet égard, mais elle est formelle.

491. — 3° Les envoyés en *possession provisoire* des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition les détiennent, non pas en leur propre nom, comme biens à eux appartenant, mais au nom et pour le compte de l'absent dont ils ne sont que les *dépositaires :* aussi ne peuvent-ils point les prescrire par quelque laps de temps que ce soit : l'absent de retour, si longue qu'ait été son absence, eût-elle duré plus de trente ou quarante ans, peut toujours en exiger la restitution.

Ceux qui obtiennent, au défaut de l'absent, les droits éventuels ouverts à son profit depuis sa disparition, les possèdent, au contraire, en leur propre nom, pour leur compte personnel, en qualité de propriétaires, comme biens à eux appartenant. Aussi peuvent-ils en acquérir la propriété par la prescription, conformément au droit commun. L'article 137 le dit formellement, en ces termes : « Les dispositions des articles 135 et 136 ont lieu sans préjudice des actions *en pétition d'hérédité* et *d'autres droits,* lesquels compèteront à l'absent ou à ses ayant-cause, et ne s'éteindront que *par le laps de temps établi pour la prescription.* »

Art. 137.

Ainsi, les droits éventuels ouverts au profit de l'absent sont dévolus à ceux qui sont appelés à les recueillir à son défaut (art. 135 et 136). Mais la dévolution ou attribution dont il s'agit n'est que provisoire : ceux qui l'obtiennent sont propriétaires sous la condition résolutoire du retour de l'absent. Du reste, cette condition résolutoire ne s'accomplit qu'autant que l'absent revient avant le temps établi pour la prescription. En d'autres termes, la loi lui réserve, contre qui de droit et pour le cas de son retour, la *pétition de l'hérédité* (art. 136) ou *des autres droits* (art. 135) qui se sont ouverts à son profit pendant son absence ; mais ce droit de pétition ou de revendication est, comme tout autre, sujet à

prescription : l'absent doit donc, sous peine de déchéance, l'exercer en temps utile.

La loi pose ici le principe de la prescription, sans fixer le temps par lequel elle s'accomplit; la loi s'en réfère, à cet égard, au droit commun de la prescription. Sa durée sera donc plus ou moins longue, suivant la nature des droits réclamés. Ainsi, par exemple, elle sera de trente ans quant à la pétition d'une hérédité (art. 2262). Cinq ans suffiront, au contraire, quant aux arrérages d'une rente dont l'absent de retour réclamera le paiement (art. 2277).

Art. 138.

492. — 4° Les envoyés en possession des biens que l'absent possédait au moment de sa disparition, ne retiennent pour eux, lorsqu'ils restituent les biens qu'ils ont administrés, *qu'une fraction* des fruits qu'ils ont perçus (art. 127).

Ceux, au contraire, qui ont recueilli, à défaut de l'absent, la *succession* ou *tout autre droit* qui, pendant son absence, s'est ouvert à son profit, conservent la totalité des fruits qu'ils ont perçus de bonne foi.

L'art. 138 ne s'applique-t-il qu'aux *successions? Quid*, lorsqu'il s'agit d'un autre *droit?*

J'ai dit : qui ont recueilli la succession ou *tout autre droit*... Cependant l'article 138 vise uniquement l'hypothèse *d'une succession* échue à l'absent et recueillie, à son défaut, par un autre. Mais, en prévoyant spécialement le cas particulier d'une succession, la loi n'a pas entendu déroger, quant aux autres cas, à cette règle du droit commun : le possesseur de bonne foi gagne pour lui les fruits qu'il perçoit (art. 549). La loi a simplement voulu prévenir un doute qu'aurait pu faire naître l'autorité du droit romain. Suivant un sénatusconsulte d'Adrien (1), le possesseur d'*une succession* devait, en même temps qu'il la restituait, rendre les fruits qu'il en avait retirés, et qu'il possédait encore ou dont il avait profité en les consommant. De là la règle célèbre : toute universalité s'augmente de tout ce qu'elle produit : *fructus augent hereditatem*.

Notre Code, au contraire, assimile au possesseur *d'un objet particulier* le possesseur *d'une succession*. La bonne foi, a-t-on pensé, est tout aussi digne de faveur chez l'un que chez l'autre.

Les actes faits par ceux qui ont recueilli une succession, au défaut de l'absent, lui sont-ils opposables lorsqu'il revient et qu'il se fait restituer la succession? Plus spécialement, les aliénations et les hypothèques consenties par un héritier apparent sont-elles opposables à l'héritier véritable qui a fait reconnaître son droit?

493. — La loi a gardé le silence sur un point fort important : elle ne s'explique pas sur les pouvoirs de ceux qui ont recueilli, au lieu et place de l'absent, les droits éventuels qui lui sont échus en son absence. De là la célèbre question, tant de fois débattue, et aujourd'hui même si vivement controversée : les actes d'*administration* et de *disposition* faits par ceux qui ont recueilli une succession ouverte au profit de l'absent lui sont-ils opposables, lorsqu'il revient et qu'il se fait restituer la succession? Plus spécialement, les aliénations et les hypothèques consenties par un héritier apparent sont-elles valables à l'égard de l'héritier véritable qui a fait reconnaître son droit?

(1) L. 20, §§ 6 et suiv., D., *De heredit. petit.* (V, III.)

La jurisprudence admet l'affirmative. J'ai, dans mon deuxième volume (nos 201 et 202), critiqué cette doctrine, et montré combien sont peu concluants les motifs au moyen desquels on s'efforce de la justifier. Cependant, deux hommes éminents dans la science, MM. Demolombe (nos 250 et s.) et Demante (no 176 *bis*, VI-VIII) (1), lui ont prêté l'appui de leur autorité. Ils reconnaissent bien que les arguments mis en avant par la jurisprudence ne sont rien moins que décisifs; mais une raison nouvelle, qui avait échappé à la pratique, les détermine en faveur du système qu'elle suit. Voici, en peu de mots, cette raison nouvelle :

La succession ouverte au profit de l'absent est *dévolue* à ceux qui sont appelés à la recueillir à son défaut (art. 136). C'est la loi qui les investit elle-même, qui les appelle à succéder en leur propre nom. Elle leur concède la possession de la succession *avec tous les caractères et les attributs de la propriété.*

Or, leur reconnaître une vocation propre et personnelle à la succession, et la leur conférer à titre d'héritiers, c'est implicitement leur donner le droit de l'administrer, non pas seulement avec les pouvoirs d'un simple administrateur, mais *en qualité de propriétaires,* et dans toute l'étendue des pouvoirs que ce titre comporte. C'est, en un mot, les constituer *mandataires* de l'absent *cum libera administratione,* c'est-à-dire avec la liberté de faire *tout ce qu'ils jugent à propos.*

Donc tous les actes qui émanent d'eux sont réputés émanés de l'absent lui-même.

494. — Toutefois, cette théorie reçoit un triple tempérament.

1° Si ceux qui ont succédé à la place de l'absent ont aliéné, non pas tel ou tel objet de la succession, mais la succession elle-même, le *jus hereditarium,* cette aliénation n'oblige pas l'absent : car, en livrant à un tiers l'universalité qu'ils étaient chargés de gérer, ils ont abdiqué leur mandat au lieu de l'exercer (2).

2° S'ils ont aliéné *à titre gratuit* même des objets individuels de la succession, cette aliénation, de même que la précédente, n'est pas opposable à l'absent; et, en effet, le mandat d'administrer, si étendu qu'on le suppose, ne comprend pas le pouvoir de faire des *libéralités* (3).

(1) Dans le même sens, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 616, note 32.

(2) Ainsi, celui qui achète l'ensemble de tous les biens, *l'entier*, est moins protégé que celui qui achète une *unité de l'entier!* S'il achète un à un, séparément, tous les biens de l'absent, la vente est valable; s'il achète en une seule fois l'hérédité qui les comprend tous, la vente est nulle! Cette distinction est-elle logique?

(3) Demante maintient la donation lorsqu'elle contient pour le donateur l'obligation de garantie (voy. les art. 1440 et 1547.) L'héritier apparent ne doit point, en effet, être constitué en perte par le fait de l'absent; or, c'est précisément ce qui arriverait si l'absent ne respectait pas la donation : l'éviction qu'il ferait subir au donataire réagirait contre le donateur lui-même. — Mais ne peut-on pas répondre que, dans l'espèce, l'héritier apparent qui a fait la donation souffre, non pas par le fait de l'absent qui évince le donataire, mais par son propre fait, par sa faute, c'est-à-dire par *la violation de son mandat?*

3° Les aliénations, même à titre onéreux, sont nulles à l'égard de l'absent, lorsque les tiers au profit desquels elles ont été consenties connaissaient son existence : ce n'est pas, en effet, dans l'intérêt des tiers de mauvaise foi que la loi a organisé le mandat qu'elle confie à ceux qui, provisoirement, prennent la place de l'absent.

495. — Cette argumentation, quoique séduisante, ne m'a pas convaincu. L'*aliénation* d'un bien n'est valable qu'autant qu'elle est consentie par le propriétaire lui-même, ou, ce qui revient au même, par une personne munie d'un mandat à cet effet; peu importe, au reste, que ce mandat soit conventionnel, judiciaire ou légal. Ce point est incontesté et incontestable.

Dans l'espèce, l'aliénation n'émane point du propriétaire lui-même.

L'héritier apparent qui l'a consentie avait-il ou non mandat à cet effet? Voilà ce qu'il faut chercher.

Or, qui le lui a donné, ce mandat? L'absent? personne ne le soutient. La justice? tout s'est passé sans son intervention. La loi? examinons!

Lorsque la loi confie à une personne le droit d'en représenter une autre, elle a le soin de s'expliquer formellement (voy. les art. 132, 450, 860, 1240, 2009). En principe donc, le mandat *légal* n'est jamais *tacite;* on ne le crée point par induction. Cela est surtout vrai du mandat *cum libera administratione,* c'est-à-dire du pouvoir extraordinaire accordé à une personne de *faire tout ce qu'elle juge à propos*. La loi l'accorde aux envoyés en possession définitifs des biens de l'absent (art. 132); mais le concède-t-elle également à ceux qui ont recueilli, à son défaut, la succession qui s'est ouverte à son profit? Quel texte le contient? aucun! On prétend l'induire de l'article 136; mais un tel mandat, je le répète, ne s'induit point : il est écrit dans la loi ou il n'existe pas. Est-il bien vrai d'ailleurs que l'article 136 le renferme implicitement? Rien n'est moins démontré. Cet article n'est que l'application du droit commun. Ceux qui réclament, du chef d'une personne absente, une succession ouverte à son profit depuis son absence, ne l'obtiennent pas, parce qu'ils ne prouvent point qu'elle l'a acquise. Telle est la première partie de l'article. Y voit-on poindre l'idée d'un pouvoir quelconque?

L'article ajoute que cette succession est dévolue à ceux qui sont appelés à la recueillir au défaut de l'absent. Cette autre idée, qui est la conséquence de la première, contient-elle donc, plus que celle-ci, le principe d'un mandat? La loi constate un fait, et rien de plus. Elle reconnaît *provisoirement* pour héritiers ceux qui sont appelés à défaut de l'absent; mais assurément cette reconnaissance n'implique pas l'attribution du droit de disposer *irrévocablement* des biens sur lesquels elle ne leur accorde qu'une propriété *révocable* (art. 137). Est-il donc de principe que ceux qui sont propriétaires *sous condition résolutoire* sont tacitement autorisés à consentir, sur les biens qu'ils administrent, des droits

purs et simples, définitifs, irrévocables? Le principe contraire est partout écrit dans notre droit (voy. notamment les art. 865, 929, 963, 1183, 1673, 2125).

Enfin, si je ne me trompe, l'article 137 contient la preuve évidente que ceux qui succèdent provisoirement au lieu et place de l'absent ne le représentent point. Ce texte, en effet, leur accorde le droit d'acquérir *par la prescription* les biens qu'ils détiennent; or, personne, que je sache, ne soutiendra qu'un mandataire puisse, par la prescription, acquérir les biens qu'il administre! Le droit de prescrire les biens d'un patrimoine appartenant à autrui et le pouvoir de l'administrer en maître s'excluent réciproquement. La loi admet formellement le premier : donc elle rejette le second (1).

SECTION III. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

Deux idées dominent ici.

Art. 139.

Quels sont les effets de l'absence relativement au mariage? Le dissout-elle ? Pourquoi ne le dissout-elle point?

496. — 1° *L'incertitude de la vie résultant de l'absence ne suffit jamais pour opérer la dissolution du mariage.* — La nature même du mariage donne la raison de cette règle. Que serait-il arrivé, en effet, si l'absence l'eût dissous! Cette dissolution eût été ou *définitive* ou simplement *provisoire*. Au premier cas, on se fût exposé à dépouiller irrévocablement et bien injustement l'absent du droit auquel il tient le plus peut-être, de son titre d'époux. Au second, on eût accordé à son conjoint la faculté de contracter un nouveau mariage, mais *provisoire,* soumis à une condition résolutoire; or, la loi ne permet point des mariages de cette nature. — Ainsi, lorsqu'une personne mariée veut contracter un *second mariage,* elle ne le peut qu'à la condition de prouver que son conjoint est décédé : *l'absence* n'est pas une preuve du décès, puisque son effet se borne à rendre l'existence *incertaine, douteuse*. De là cette conséquence : le conjoint d'un *absent* ne peut pas convoler à un nouveau mariage (2).

Suffit-elle pour trou-

497. — 2° *L'incertitude de la mort résultant de l'absence ne suffit*

(1) Un moyen existe pour l'héritier apparent de faire des aliénations définitives et opposables à l'absent lui-même : ce moyen, je le trouve dans la théorie générale de la gestion d'affaires. Qu'il aliène tant au nom de l'absent qu'en son propre nom! et, pourvu que l'aliénation soit nécessaire, ou même simplement utile, chacune des parties qu'elle intéresse sera tenue de la respecter (voy. les art. 1372 et 1375).

Mais, dira-t-on, l'héritier apparent ne trouvera pas d'acquéreur : car les tiers seront peu enclins à entrer dans des opérations dont la validité, en définitive, n'est pas sûre, puisque l'absent est admis à la méconnaître, lorsqu'il établit qu'elles n'ont pas été faites selon son intérêt. — On peut parer à cet inconvénient, en demandant à la justice l'autorisation de passer à l'opération projetée : la question d'utilité se trouvant ainsi jugée à l'avance, l'absent de retour ne sera pas admis à la poser de nouveau, ce qui assurera l'irrévocabilité de la convention faite en cette forme. Ce mode de procéder trouve sa justification dans la disposition de l'art. 2126, dont nous avons fait l'application aux envoyés en possession provisoire (voy. le n° 422).

(2) Quant aux *navigateurs disparus*, voy. les curieuses observations de M. de Courcy, *Questions de droit maritime*, 2e Série, p. 201 et suiv.

point pour troubler le second mariage contracté par le conjoint de l'absent. — Donc, tant que cette incertitude dure, c'est-à-dire tant que l'absent ne donne point de ses nouvelles, le second mariage contracté par son conjoint est à l'abri de toute atteinte : personne n'en peut provoquer la nullité.

bler le second mariage contracté par le conjoint de l'absent

— En résumé, le conjoint d'un absent ne doit pas se remarier : la loi le lui défend.

Mais il se peut que sa prohibition soit éludée, que l'officier de l'état civil, induit en erreur, unisse le conjoint de l'absent à un nouvel époux. Ce mariage, quoique fait en violation de la prohibition de la loi, ne peut pas être annulé sous le seul prétexte que l'un des deux nouveaux époux est engagé dans les liens d'un premier mariage, qui *peut-être* existe encore : on n'annule point un mariage sur un *peut-être !*

Mais, si l'absent revient ou donne de ses nouvelles, que devient le mariage contracté par son conjoint? Est-il nul *erga omnes,* ou seulement annulable dans l'intérêt et sur la réquisition de l'absent? Sur ce point, la loi s'exprime ainsi : « L'époux absent dont le con- « joint a contracté une nouvelle union sera *seul* recevable à atta- « quer ce mariage, par lui-même ou par son fondé de pouvoir, « muni de la preuve de son existence. »

Mais, si l'absent revient ou donne de ses nouvelles, que devient le mariage contracté par son conjoint?

N'y a-t-il que l'absent qui ait le droit de l'attaquer et d'en faire prononcer la nullité?

Cette disposition a donné lieu à trois systèmes :

498. — PREMIER SYSTÈME. — L'absent *seul* a le droit de provoquer la nullité du mariage : les ascendants, les collatéraux, les nouveaux époux, le ministère public lui-même, n'ont point qualité à cet effet. Donc, si, par indifférence ou par malice, il ne réclame point, le second mariage qu'a contracté son conjoint est et reste valable (1).

Ce système a pour lui le texte de la loi; mais il conduit à des résultats si bizarres, l'immoralité qu'il consacre est si publique, qu'on a dû le rejeter. La loi n'a pas pu donner à l'absent de retour l'étrange faculté de retenir les nouveaux époux dans un lien que leur conscience réprouve, d'ériger en droit le fait scandaleux d'un commerce notoirement adultérin, de faire que son conjoint ait légitimement deux maris ou deux femmes.

499. — SECOND SYSTÈME. — Tant que l'absence dure, nul ne peut provoquer la nullité du mariage contracté par le conjoint de l'absent; mais, lorsqu'elle cesse, la bigamie étant alors certaine et démontrée, on rentre dans le droit commun : l'action en nullité est ouverte au profit de toute partie intéressée (nouveaux époux, ascendants et collatéraux, ministère public), aussi bien qu'au profit de l'absent lui-même (art. 184, 188 et 190).

On justifie ce système par la discussion du Conseil d'État. Le consul Cambacérès, critiquant la rédaction des articles qui réglaient le mariage contracté par le conjoint de l'absent, proposa

(1) Merlin, Répert., v° *Absence,* art. 139; Toull., t. I, n° 485; Zach., t. I, p. 316; M. Laurent, t. II, n°s 249 et 250.

de dire : 1° que ce mariage ne pourrait être annulé sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent; 2° *que, si l'absent se représentait, le mariage serait déclaré nul.* Or, la discussion fut close en ces termes : *La proposition du consul Cambacérès est adoptée.* M. Thibaudeau, chargé de la rédaction nouvelle, déclara qu'il la ferait dans le sens indiqué par M. Cambacérès. Le nouveau texte qu'il apporta, et qui fut adopté, ne reproduit pas, il est vrai, la pensée de Cambacérès; mais rien n'indique qu'elle ait été abandonnée (1).

500. — Troisième système. — Lorsque le conjoint de l'absent a contracté un second mariage, nul n'en peut provoquer la nullité tant que dure l'absence.

Après que l'absence a cessé, l'action en nullité appartient, non seulement à l'absent de retour ou qui a donné de ses nouvelles, mais encore à tous ceux qui sont intéressés à faire cesser le fait immoral d'un commerce notoirement adultérin. Quant à ceux qui n'ont qu'un intérêt *privé et pécuniaire* à la nullité du mariage, l'absent seul, parmi eux, a qualité pour la provoquer.

Ainsi, tant que l'absent existe encore, la nullité peut être provoquée, soit par lui-même, soit par les nouveaux époux (car la loi n'a pas pu leur imposer l'obligation de continuer, contre leur conscience, le flagrant délit d'adultère qui résulte de leur mariage), soit enfin par le ministère public, qui ne peut pas être forcé, on le conçoit, de tolérer une si grave atteinte à la morale et aux bonnes mœurs.

Que, si l'absent est mort, nul alors ne peut faire annuler le mariage : car la mort de l'absent a mis fin à tout adultère, à tout scandale.

En d'autres termes, l'article 139 signifie que, parmi les parties qui n'ont qu'un intérêt privé et pécuniaire à la nullité du mariage, l'absent est le seul qui ait qualité pour la provoquer. Les rédacteurs de l'article ont eu principalement pour but d'écarter l'action des *collatéraux.*

Ce système a pour lui : 1° le texte de la loi, qui suppose que l'absent de retour a un privilège particulier ; or, ce privilège n'existerait pas si l'action en nullité appartenait d'une manière générale à toutes les parties intéressées; 2° les discours des orateurs du gouvernement : « La dignité du mariage, disait M. Bigot Préameneu, ne permet pas de le compromettre pour l'intérêt pécuniaire des collatéraux. » M. Huguet, dans son discours devant le Corps législatif, est bien plus explicite encore : la question y est formellement présentée et résolue dans le sens qui vient d'être indiqué (2).

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 302; *Explic. somm.*, p. 74 et 75; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 268 et 269; Duc., Bonn.; et Roust. sur l'art. 139; M. Demol., t. II, n° 264.

(2) Dem., t. I, n° 177 *bis*, II-VII. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 159, notes 3 et 4.

501. — Le mariage contracté par le conjoint de l'absent peut être attaqué, soit par l'absent de retour, *soit par un fondé de pouvoir* MUNI DE LA PREUVE DE SON EXISTENCE.

Ce mariage peut être attaqué par un mandataire *muni de la preuve de l'existence* de l'absent.

Mais, peut-on dire, qu'est-il besoin que le mandataire apporte la preuve de l'existence de l'absent? Cette preuve ne résulte-t-elle point de l'acte par lequel l'absent lui a donné pouvoir d'agir pour lui et de le représenter?

Mais, peut-on dire, qu'est-il besoin que le mandataire apporte la preuve de l'existence de l'absent?

Cette preuve ne résulte-t-elle pas de l'acte par lequel l'absent lui a donné pouvoir d'agir pour lui?

Deux explications ont été données sur ce point.

502. — Première explication. — La loi suppose que l'absent avait, avant son départ, préposé un mandataire à la gestion de toutes ses affaires. Ce mandataire peut bien, sans être obligé de rapporter la preuve de l'existence de son mandant, exercer les actions qui intéressent le patrimoine de celui-ci; mais, *quant à l'action en nullité de mariage,* il ne peut l'exercer qu'à la condition de prouver que l'absent, au nom duquel il agit, existe réellement (1).

503. — Deuxième explication. — Cette hypothèse n'est pas celle de la loi. Le mandataire général qu'a laissé l'absent lors de son départ n'a point, en effet, qualité pour provoquer la nullité du mariage : car il n'a que les pouvoirs que l'absent a eu vraisemblablement l'intention de lui conférer, et il n'est pas raisonnable de supposer qu'en le chargeant du soin de ses affaires, il ait songé à comprendre dans ce mandat le pouvoir de demander la nullité du mariage que son conjoint pourrait contracter. S'il en était autrement, il faudrait admettre que la loi s'est référée au cas qu'il importait le moins de prévoir, c'est-à-dire *au cas de simple présomption d'absence :* la règle qu'elle pose ne recevrait, en effet, son application que pendant cette première période de l'absence, puisque, après qu'elle a cessé, les pouvoirs du mandataire qu'a laissé l'absent lors de son départ sont éteints de plein droit.

Il faut donc trouver une autre explication. La loi suppose que le mariage est attaqué par un mandataire qui a reçu de l'absent une *procuration spéciale à cet effet.* Elle ajoute qu'il doit être muni de la preuve de son existence, parce que l'acte de procuration ne suffit pas toujours pour établir cette preuve. Le mandat, en effet, peut être prouvé par un simple acte sous seing privé (art. 1985), tandis que l'existence de l'absent ne peut l'être que par un acte reçu par un officier public compétent pour délivrer des certificats de vie. La pensée de la loi est celle-ci : la nullité du mariage ne peut être provoquée par un mandataire qu'autant que l'existence de l'absent est *authentiquement* démontrée.

Donc, de deux choses l'une. Ou la procuration donnée par l'absent à son mandataire est *sous seing privé,* ou elle est *authentique :* dans le premier cas, le mandataire doit, en outre de la procuration, rapporter un certificat authentique de la vie de l'absent; dans le second, la procuration prouve tout à la fois le pou-

(1) Delv., t. I, p. 52, note 2; Marc., t. I, art. 139, n° 3.

Art. 140.

Lorsqu'un époux n'a point de *parents* habiles à lui succéder, son conjoint peut-il *toujours* obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens?

voir du mandataire et l'existence de l'absent qui l'a donné (1).

504. — Lorsque l'époux absent n'a point laissé de ***parents habiles à lui succéder,*** l'autre époux, étant alors son héritier présomptif (art. 767), peut, conformément à l'article 120, demander l'envoi en possession provisoire de ses biens.— Remarquons toutefois qu'il ne suffit point, pour que l'époux présent jouisse de ce droit, que son conjoint n'ait pas laissé de ***parents*** au degré successible. Il faut, de plus, qu'il n'ait pas laissé ***d'enfants naturels*** reconnus : car, aux termes de l'article 767, le conjoint ne succède qu'au défaut des parents et des enfants naturels. Si notre article 140 n'a parlé que des ***parents,*** c'est qu'à l'époque où il a été fait les rédacteurs du Code ne savaient pas encore que les enfants naturels reconnus seraient appelés à succéder : ce n'est, en effet, que plus tard qu'on leur a conféré le droit de succession (voy. l'explic. de l'art. 756).

CHAPITRE IV. — DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

Art. 141.

A qui appartient la *surveillance* des enfants mineurs, quand le père a disparu?

Quelles différences y a-t-il entre cette *surveillance* et la *tutelle?*

505. — La ***surveillance*** des enfants mineurs laissés par l'absent ne doit pas être confondue avec la ***tutelle*** proprement dite. Le ***tuteur*** est tenu de faire nommer un ***subrogé-tuteur*** (art. 420); ses immeubles sont grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur dont il administre les biens (art. 2121). Rien de semblable n'a lieu dans l'hypothèse qui fait l'objet de ce chapitre. Le conjoint qui est chargé de la simple surveillance de ses enfants ne reçoit point de subrogé-tuteur; ses biens sont affranchis de l'hypothèque à laquelle tout tuteur est soumis.

Lorsque l'absence du père a été *déclarée*, y a-t-il lieu à la *surveillance* ou à la *tutelle* des enfants?

506. — Ce n'est que pendant la ***présomption*** d'absence qu'a lieu la ***surveillance*** dont je viens de parler. Cela résulte : 1° des mots ***disparu, disparition,*** employés par les articles 141 et 143; 2° de l'article 142, dont la disposition se réfère exclusivement au cas où le fait qu'elle prévoit arrive ***avant la déclaration d'absence.***

La déclaration d'absence ouvre provisoirement la ***tutelle,*** de même qu'elle ouvre provisoirement la succession. Ainsi, dès qu'on n'est plus dans la période de la présomption d'absence, la théorie générale ***des tutelles*** reçoit son application ordinaire.

507. — La loi prévoit et règle dans ce chapitre quatre cas particuliers :

Lorsque la surveillance, en cas d'absence du père, est confiée à la mère, celle-ci exerce-t-elle le droit que la loi lui confère quand elle devient *veuve?*

508. — PREMIER CAS. — ***Disparition du père, la mère étant vivante.*** — Le père se trouve hors d'état d'exercer l'autorité que la loi lui confie sur la personne et les biens de ses enfants mineurs (art. 373 et 389) : son droit passe naturellement en la personne de la mère, qui le remplace. Ce n'est pas le droit qu'elle a de son propre chef,

(1) Dem., t. I, n° 177 *bis*, X; M. Demol., t. II, n° 263; M. Laurent, t. II, n° 251. — Comp. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 304.

après la mort de son mari (art. 372), qu'elle exerce dans l'espèce : car ce droit ne s'ouvre pour elle qu'autant qu'elle est *veuve* (art. 381), et, dans l'espèce, elle ne l'est pas. Le mari étant présumé vivant, ses droits subsistent; elle les exerce pour lui en vertu de la délégation qui lui est faite par la loi.

Toutefois il n'en faut pas conclure, *quant au droit de correction*, qu'elle soit affranchie, en raison de sa qualité de déléguée du mari, des restrictions auxquelles elle est soumise lorsqu'elle agit comme mère après la dissolution du mariage (comparez les art. 376 et 381) : on conçoit, en effet, qu'elle ne peut pas avoir, à raison de l'absence du mari, plus d'autorité qu'elle n'en aurait s'il était réellement décédé (1).

Est-elle, en cas d'absence de son mari, affranchie des restrictions auxquelles elle est soumise lorsqu'elle agit comme mère, après la dissolution du mariage?

509. — Simple déléguée ou mandataire de son mari, la mère n'a pas droit à l'usufruit que la loi accorde au père, tant qu'il vit, sur les biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés (art. 384) : elle en perçoit les revenus, mais pour le compte de son mari qu'elle représente. La simple présomption d'absence du père laisse, en effet, ses droits intacts : il les conserve aussi bien quant à la jouissance que relativement à la propriété. Il ne serait pas, d'ailleurs, toujours juste de l'en dépouiller, sous le prétexte qu'en s'absentant il a laissé à sa femme le fardeau de l'administration des biens de ses enfants : car, dans la plupart des cas, il sera retenu au loin par quelque nécessité plus forte que sa volonté, ou parce que l'intérêt même de sa famille le retient dans quelque pays éloigné où il fait fortune au péril de sa vie.

Gagne-t-elle pour elle, en l'absence de son mari, les fruits provenant de l'usufruit légal?

— La loi ne parle pas du cas où c'est le père qui est présent et la mère absente; mais le silence qu'elle garde à cet égard s'explique naturellement. Elle n'avait pas à régler cette hypothèse, par cette raison évidente que l'absence de la mère n'apporte aucune modification au cours ordinaire des choses : le père est présent, il conserve son droit, rien n'est changé.

Qu'arrive-t-il lorsque c'est le père qui est présent et la mère absente?

510. — Second cas. — *Disparition du père depuis la mort de la mère.* — « *Six mois après cette disparition, la surveillance* des enfants est *déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches,* ou, à leur défaut, à un *tuteur* provisoire. »

Art. 142.

Qu'arrive-t-il lorsque le père disparaît depuis le décès de la mère?

« *Six mois après...* » Que fera-t-on pendant ces six mois? Les enfants ne seront évidemment pas abandonnés à eux-mêmes! Qui donc s'en occupera? Le tribunal, sur la réquisition des parties intéressées ou du ministère public. C'est lui qui pourvoira, lorsque la nécessité en sera démontrée, aux besoins personnels des enfants, à leur éducation et à l'administration de leurs biens (art. 112 à 114). La loi n'a pas voulu que des étrangers fussent appelés, en qualité de surveillants, à s'immiscer dans les affaires de l'absent aussitôt après sa disparition.

Que fait-on pendan ces six mois? Qui pourvoit aux besoins des enfants, à leur éducation et à l'administration de leurs biens?

511. — A l'expiration des six mois, si l'absent n'a point donné

Est-ce la *surveillance*

(1) Dur., t. I, n° 519; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 306; MM. Demol., n° 313; Aubry et Rau, t. I, § 160.

ou la *tutelle* qui, à l'expiration des six mois, est déférée aux ascendants les plus proches?

de ses nouvelles, *la surveillance* des enfants est alors déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire.

« *La surveillance...*, » et non point la *tutelle* (voy. n° 505).

Par qui est-elle déférée?

Pourquoi ne leur est-elle point, de même que la tutelle, déférée de plein droit, d'après les distinctions établies par les articles 402 et 403?

« *Déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches...* » Mais pourquoi ne leur est-elle point, de même que la *tutelle*, déférée de plein droit, d'après les distinctions établies par les articles 402 et 403? On a ainsi expliqué cette différence :

La désignation du tuteur par la loi même est peu sûre : car elle procède au hasard, en aveugle : l'ascendant qu'elle désigne peut être fort peu capable de remplir la haute fonction qu'elle lui confie. Cet inconvénient trouve, en matière de *tutelle*, son remède dans l'hypothèque légale et dans la présence du subrogé-tuteur, qui sauvegarde les intérêts compromis du mineur. Cette double garantie, au contraire, n'existe point dans notre espèce : car, dans la théorie de la *simple surveillance* confiée à l'ascendant, ni l'hypothèque légale, ni la présence du subrogé-tuteur, ne protègent le mineur contre les fautes qui peuvent être commises à son préjudice (voy. le n° 505). Dès lors, il a paru juste de confier au conseil de famille le soin de désigner celui des ascendants qui lui paraît présenter le plus de garanties (1).

A défaut d'ascendants, à qui est déférée la surveillance des enfants?

— A défaut d'ascendants, la surveillance est déférée par le conseil de famille à un *tuteur* provisoire. Remarquons qu'à l'é-

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 307; M. Demol., t. II, n° 321. — Une autre explication a été présentée, qui me semble plus sûre. Le projet du Code sur les tutelles exigeait l'intervention du conseil de famille dans tous les cas où il y avait lieu à la tutelle des ascendants. Ainsi, ce conseil *devait* déférer la tutelle à l'ascendant le plus proche, ou à l'ascendant mâle, entre deux ascendants du même degré et de sexe différent. En cas de concours entre plusieurs ascendants au même degré et du même sexe, il désignait celui auquel la tutelle était déférée.

C'est en vue et par application de ce système qu'a été rédigé notre art. 142. M. Leroy, dans son rapport au Tribunat, en fait la remarque : « Les dispositions contenues dans les art. 141 et 142, dit-il, sont concordantes avec celles du projet sur les tutelles, *que les communications officieuses ont fait connaître à votre section.* »

Le système organisé à l'égard de la *tutelle* des ascendants fut ensuite abandonné : l'intervention du conseil de famille fut mise de côté; le tuteur fut désigné par la loi même (art. 402 et 403). Cette innovation aurait dû amener le remaniement de l'art. 142; mais, par inadvertance, il a été laissé dans sa teneur primitive. Ce n'est là, au reste, qu'un oubli. L'art. 142 doit donc, pour être bien compris, être expliqué par les art. 402 et 403, dont il n'est, dans la pensée avouée du législateur, qu'une application. Concluons-en :

1° Que la *surveillance* confiée à l'ascendant le plus proche, sur la personne des enfants mineurs de l'absent, n'est autre qu'une *tutelle* proprement dite. La loi emploie, d'ailleurs, le mot *surveillance* pour désigner le pouvoir du *tuteur* provisoire nommé à défaut d'ascendant (voy. le texte de l'art. 142), et tout le monde convient qu'en ce qui touche le tuteur provisoire, la surveillance qu'on lui donne est une véritable *tutelle;* or, il n'est pas possible que ce mot *surveillance*, employé pour désigner le pouvoir de l'ascendant et du tuteur provisoire, ait, à l'égard de l'un, le sens qu'il n'a pas à l'égard de l'autre (MM. Aubry et Rau, t. I, § 160, note 7).

2° Que la surveillance est déférée de plein droit et sans l'intervention du conseil de famille aux ascendants les plus proches, conformément aux distinctions établies par les art. 402 et 403 (Marc., t. I, art. 402, n° 4).

gard de ce tuteur la *surveillance,* qu'on lui attribue, constitue une *véritable tutelle.*

Cette surveillance n'est-elle pas alors une véritable tutelle

512. — Troisième cas. — *Le père a disparu la mère étant vivante; mais celle-ci est décédée avant la déclaration d'absence.* — Ce cas se confond avec ceux qui le précèdent. Tant qu'a vécu la mère, c'est elle qui a eu la surveillance des enfants ; elle morte, on confère *immédiatement,* si elle est décédée *depuis* les six mois qui ont suivi la disparition du père, et, dans le cas contraire, après l'expiration de ce délai, la surveillance des enfants aux ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire.

Qu'arrive-t-il lorsque la mère est décédée depuis la disparition du père, mais avant la déclaration de son absence?

513. — Quatrième cas. — *L'époux* (*le père ou la mère*) *qui a disparu a laissé des enfants mineurs issus d'un précédent mariage.* — La surveillance est confiée aux ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire, conformément à l'article 142, six mois après la disparition du père ou de la mère : car le nouvel époux qui est présent est étranger aux enfants.

Art. 143.

Quid, lorsque l'époux qui a disparu a laissé des enfants mineurs d'un précédent mariage?

TITRE CINQUIÈME

DU MARIAGE

13e *Répétition.*

514. — Le mariage est le contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent se promettent mutuellement la fidélité dans l'amour, la communion dans le bonheur, l'assistance dans l'infortune.

Qu'est-ce que le *mariage?*

M. Portalis et, après lui, tous les auteurs le définissent : « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée » (1).

— On peut reconnaître par cette définition du mariage, que, si *la procréation des enfants* en est la fin principale, elle n'en est pas le but essentiel, unique. La loi y voit encore une société de secours et d'assistance.

515. — C'est ce qui explique pourquoi la vieillesse la plus avancée ne fait pas obstacle au mariage : ainsi, un vieillard de quatre-vingt-dix ans, bien qu'inhabile à la procréation des enfants, peut légitimement se marier. — La loi tolère même les mariages *in extremis*, bien qu'aux approches de la mort l'œuvre de la généra-

Une vieillesse très avancée fait-elle obstacle au mariage? Les mariages *in extremis* sont-ils permis? Pourquoi l'ancien droit les prohibait-il? Pourquoi le Code les tolère-t-il?

(1) Cette définition pèche en deux points : 1° elle ne distingue point suffisamment le concubinage du mariage; 2° elle présente la vie comme un *poids*, comme un *fardeau*, en sorte qu'il semble que l'homme n'a été créé qu'en vue du malheur. C'est le germe d'un système philosophique aussi faux qu'il est dangereux. C'est, dans tous les cas, une injustice envers Dieu, dont les bontés pour l'homme ont été infinies. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 260.

tion soit impossible. La Déclaration de 1639 les avait prohibés. On appréhendait les surprises et machinations qui pouvaient être pratiquées pour arracher à la faiblesse ou à la maladie un consentement auquel la volonté n'aurait eu aucune part. Les rédacteurs du Code, rejetant cette prohibition, ont pensé qu'il ne fallait pas enlever à l'homme qui, au dernier moment de sa vie, se repent de la faute qu'il a commise la faculté de la réparer en légitimant par le mariage la filiation de sa postérité et le dévouement de la femme qui lui est restée fidèle (1).

CHAPITRE PREMIER. — DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

Le mariage constitue-t-il un contrat tout à la fois *civil et religieux?*

516. — Sous l'ancien régime, où les institutions civiles et religieuses étaient si intimement unies, le mariage était tout à la fois un contrat ***civil*** et un contrat ***religieux*** soumis, quant à sa validité, aux conditions prescrites par le droit civil des Ordonnances et par le droit canonique.

La révolution de 1789, voulant rendre l'État complètement indépendant de l'Église, établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. De là cette règle nouvelle, proclamée par la Constitution de 1791 : ***La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.*** Notre Code est resté fidèle à ce principe (2).

Quelles conséquences ce principe entraîne-t-il?

Il en résulte : 1° que le mariage régulièrement célébré devant l'officier de l'état civil est valable, alors même qu'il n'a pas été sanctionné par l'Église et, réciproquement, que le mariage régulièrement célébré à l'Église est radicalement nul, s'il n'a pas été préalablement célébré devant l'officier de l'état civil;

2° Que les causes de validité ou de nullité du mariage appartiennent exclusivement à la loi civile : les permissions ou défenses de l'Église que le Code n'a pas reproduites n'existent point.

Qu'est-ce qu'un *empechement* au mariage? Combien y a-t-il d'espèces d'empêchements au mariage? Qu'est-ce qu'un empêchement *absolu? Relatif? Dirimant? Prohibitif?*

517. — L'absence d'une des conditions exigées pour pouvoir contracter mariage constitue un ***empêchement.***

Les empêchements au mariage sont :

1° ***Absolus*** ou ***relatifs.*** — ***Absolus,*** lorsque la personne qui les subit ne peut contracter mariage avec quelque personne que ce soit : tel est, par exemple, le défaut de puberté ; ***relatifs,*** lorsqu'ils n'empêchent de contracter mariage qu'avec certaines personnes seulement : telles sont la parenté et l'alliance.

2° ***Dirimants*** ou ***simplement prohibitifs.*** — Les premiers sont ceux dont la violation entraîne la ***nullité*** du mariage; les seconds sont ceux dont la sanction consiste, non plus dans la nullité du mariage, mais dans une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende contre l'officier civil qui a consenti à le célébrer, et

(1) Comp. M. Laurent, t. II, n° 284.
(2) Voy le discours de M. Portalis au Conseil

quelquefois aussi contre les parties. Ainsi, l'empêchement qui n'est que prohibitif s'oppose à la célébration du mariage, sans entraîner sa nullité, lorsqu'en fait on a passé outre.

518. — Cinq conditions sont ici exigées pour pouvoir contracter mariage. Elles sont relatives : 1° à l'âge des contractants ; — 2° à leur consentement ; — 3° à l'inexistence d'un premier mariage ; — 4° au *consentement* des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent relativement au mariage, et au *conseil* qu'ils doivent, dans certains cas, leur demander, lorsque leur *consentement* n'est plus nécessaire ; — 5° à la parenté et à l'alliance.

Quelles sont les conditions exigées pour pouvoir contracter mariage?

Nous aurons plus tard à rechercher si ces conditions sont les seules qui soient exigées. Quant à présent, nous constatons cinq empêchements dirimants, savoir : 1° le défaut de *puberté ;* 2° le défaut de *consentement des époux ;* 3° l'existence d'*un premier mariage ;* 4° l'absence du *consentement* des personnes sous la dépendance desquelles les contractants se trouvent placés ; 5° la *parenté* ou l'*alliance* au degré prohibé.

Combien la loi compte-t-elle, dans ce Titre, d'empêchements *dirimants ?*

Nous ne trouvons sous ce chapitre qu'un seul empêchement *prohibitif :* la nécessité de demander le *conseil* des ascendants, lorsque leur *consentement* n'est plus nécessaire, ou, en d'autres termes, le défaut des actes respectueux (art. 151 et 155). Il en existe plusieurs autres dans les chapitres qui suivent. On peut, en les résumant, les ramener à quatre, qui sont : 1° le défaut d'*actes respectueux ;* — 2° l'existence d'une *opposition* au mariage, abstraction faite de ses motifs (voy. l'explic. du chap. III) ; — 3° le défaut de *publications* (art. 192 et 193) ; — 4° les *dix mois de viduité* dont il est parlé dans l'article 228.

Combien compte-t-on d'empêchements *prohibitifs ?*

Section première. — Des empêchements dirimants.

§ I. *De l'âge requis pour pouvoir contracter mariage.*

Art. 144.

519. — L'âge requis pour le mariage est celui de dix-huit ans révolus pour les hommes, et de quinze ans aussi révolus pour les femmes.

A quel âge est-il permis de se marier?

Révolus..., c'est-à-dire accomplis. Ainsi, le mariage ne peut être célébré qu'autant que le premier jour de la dix-neuvième année pour le futur, et de la seizième année pour la future, est commencé.

Cette disposition est fondée sur un triple motif :

1° La société est intéressée à la perfectibilité physique de l'homme ; or, cette perfectibilité serait compromise, s'il était permis à des êtres affranchis à peine de la stérilité de l'enfance de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité.

2° Le mariage engage l'avenir tout entier ; c'est l'acte le plus

important de la vie. Il est donc nécessaire que les futurs époux soient capables de connaître et d'apprécier l'étendue de l'engagement qu'ils vont contracter ; or, avant l'âge fixé par la loi, l'homme est trop inexpérimenté pour se faire une juste idée du mariage. Ses ascendants pourraient, il est vrai, le suppléer ; mais il importe que les parents ne puissent pas à eux seuls marier leurs enfants. Autrement, chaque époux se croirait en droit d'excuser bien des écarts : Je ne me suis pas marié, dirait-il, on m'a marié !

3° Les époux ont un patrimoine à gérer, une famille à gouverner : il importe donc qu'ils soient eux-mêmes capables de devenir maîtres de maison, chefs de famille.

Art. 145.

Cet obstacle au mariage peut-il être levé? Qui a le droit de le lever? Pour quelles causes peut-il être levé?

520. — Toutefois, le chef de l'État peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs *graves*. C'est à lui, au reste, qu'appartient le droit d'apprécier la gravité des motifs invoqués par les parties ; la loi s'en rapporte, à cet égard, à sa sagesse (voy. la *Form.* 64).

§ II. *De l'existence d'un premier mariage.*

Art. 147.

Peut-on contracter un second mariage avant la dissolution du premier?

521. — La bigamie n'est point permise ; elle constitue même un délit particulier, puni par nos lois pénales (art. 340, C. pén.). De là la règle qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (voy. l'explic. des art. 188 et 189).

§ III. *De la parenté et de l'alliance.*

Art. 161 à 164.

Qu'est-ce que la *parenté?* Comment la divise-t-on?

522. — La *parenté* est la relation ou le lien qui unit spécialement plusieurs personnes issues l'une de l'autre ou d'un auteur commun. Elle est *légitime* ou *naturelle,* suivant qu'elle résulte ou non de légitimes mariages.

Qu'est-ce que la *ligne?* Combien y a-t-il d'espèces de lignes? Qu'est-ce que la ligne *directe?* Comment se divise-t-elle?

La *ligne* est la série des personnes entre lesquelles cette relation existe. Elle est *directe* ou *collatérale.*

La ligne *directe* est la série des personnes qui descendent l'une de l'autre. Elle est *descendante* ou *ascendante,* suivant qu'on envisage les auteurs ou la postérité d'une personne : le père, l'aïeul, le bisaïeul, sont dans la ligne *ascendante;* le fils, le petit-fils, l'arrière-petit-fils, dans la ligne *descendante.*

Qu'est-ce que la ligne *collatérale?*

La ligne *collatérale* est la série des personnes qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun. On l'appelle *collatérale,* QUASI A LATERE, parce qu'elle est composée de deux lignes directes, qui descendent, à côté l'une de l'autre, en partant de l'auteur commun qui est le point de leur union. Ainsi, le frère et la sœur, l'oncle et la nièce..., sont dans la ligne *collatérale* (voy. l'explic. des art. 735 à 738).

Qu'est-ce que *l'alliance?*

L'alliance est le lien civil que le mariage fait naître entre chacun des époux et les parents de l'autre. Ainsi, le mari est l'allié de chacun des parents de sa femme, et réciproquement.

L'alliance empruntant ses lignes et ses degrés à la parenté, chacun des époux est allié avec les membres de la famille de l'autre époux, dans la même ligne et dans le même degré que celui-ci leur est parent. Ainsi, le père et la mère de ma femme sont mes alliés au premier degré, dans la ligne ascendante; ses frères et sœurs sont mes alliés au second degré, dans la ligne collatérale.

L'alliance a-t-elle des lignes et des degrés qui lui soient propres?

— Aucune alliance n'existe : 1° entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre ; mon frère n'est donc point, comme on le croit dans le monde, l'allié du frère ou de la sœur de ma femme ; 2° entre chacun des époux et les alliés de l'autre : *affinitas non parit affinitatem :* les maris des deux sœurs ne sont donc point alliés entre eux, ainsi qu'on le dit souvent.

Y a-t-il alliance : 1° entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre? 2° entre chacun des époux et les alliés de l'autre?

Les deux époux ne sont même pas alliés entre eux, car ils ne font qu'un : *sunt duo in carne una;* et c'est précisément parce qu'ils sont réputés ne former qu'un seul être que chacun d'eux devient, par cette union intime, comme le parent des parents de l'autre. A proprement parler, le lien qui unit les époux n'est ni la parenté, ni l'alliance ; c'est un lien *sui generis.*

Les deux époux sont-ils alliés entre eux? Quel lien les unit donc?

— La parenté et l'alliance constituent, dans certains cas, un empêchement *prohibitif* et *dirimant* au mariage.

Entre quels parents et quels alliés le mariage est-il prohibé?

523. — I. PARENTÉ LÉGITIME. — La prohibition est absolue dans la ligne directe. Ainsi, point de mariage possible entre un ascendant et un descendant, à quelque degré que ce soit. Un tel inceste ferait horreur ! a dit M. Portalis.

La prohibition est-elle absolue en ligne *directe?*

La prohibition n'est plus aussi étendue dans la ligne collatérale. Le mariage est prohibé seulement :

Quid, en ligne *collatérale ?* Entre quels collatéraux le mariage est-il donc défendu? Pourquoi le mariage est-il défendu : 1° Entre les frères et sœurs;

1° *Entre le frère et la sœur.* — « L'espérance du mariage, entre deux êtres qui vivent sous le même toit et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, aurait pu allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui auraient souillé la maison paternelle » (M. Portalis).

2° *Entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* — Le mariage n'est pas permis entre eux, parce que l'oncle et la tante, dans leurs rapports avec leurs nièces et neveux, tiennent souvent la place du père et de la mère : *quia sunt loco parentum.* La possibilité du mariage eût d'ailleurs suscité des séductions auxquelles il eût été trop difficile de résister.

2° Entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu?

L'*oncle* ne peut pas épouser sa *nièce,* la *tante* son *neveu,* parce qu'ils sont, avons-nous dit, *loco parentum ;* or, s'ils sont au rang d'*ascendants* pour leur nièce ou leur neveu, à plus forte raison le sont-ils pour leur *petite-nièce* ou leur *petit-neveu.* Concluons-en que, sous la dénomination d'*oncle* et de *tante,* la loi a entendu comprendre tous ceux qui sont *loco parentum,* par conséquent, le *grand-oncle* et la *grand'tante.* Ainsi, le grand-oncle ne peut pas épouser sa petite-nièce, la grand' tante son petit-neveu (1).

Le grand oncle peut-il épouser sa petite nièce, la grand'tante son petit neveu?

(1) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation, du 28 novembre 1877 (Sir.,

— En dehors de ces prohibitions, le mariage est permis : les enfants de deux frères, c'est-à-dire le cousin et la cousine, peuvent donc se marier entre eux.

La parenté *naturelle* produit-elle les mêmes obstacles au mariage que la parenté *légitime*

524. — II. Parenté naturelle. — De même que la parenté légitime, elle engendre, *dans la ligne directe,* un obstacle absolu au mariage. Ainsi, je ne puis épouser ni la fille ni la petite-fille naturelle de mon fils naturel.

Quid, dans la ligne collatérale

Dans la ligne *collatérale,* la loi distingue. La règle est la même entre les frères et sœurs naturels qu'entre les frères et sœurs légitimes : il m'est défendu d'épouser ma sœur, qu'elle soit *légitime* ou qu'elle soit simplement *naturelle.*

Entre oncles et nièces, tantes et neveux, la prohibition est *restreinte* aux oncles et nièces, tantes et neveux, *légitimes :* je puis donc épouser, soit la fille naturelle de ma sœur légitime ou naturelle, soit même la fille légitime de ma sœur naturelle.

La parenté naturelle ne fait-elle obstacle au mariage qu'au cas où elle est *légalement* établie par une reconnaissance authentique ou par un jugement, conformément aux art. 334 t. 341 ?

525. — La parenté naturelle ne fait-elle obstacle au mariage qu'au cas où elle est *légalement établie* par une reconnaissance authentique et volontaire ou par un jugement, conformément aux articles 334 et 341 ? Je m'explique. Paul a une fille naturelle, qu'il n'a pas reconnue dans la forme légale ; mais des lettres existent qui constatent sa paternité : peut-il épouser sa fille ? Ou bien encore : Paul a un fils naturel et une fille naturelle, qu'il n'a pas *légalement* reconnus ; mais sa double paternité est établie au moyen d'actes sous seing privé : ses deux enfants peuvent-ils s'unir par les liens du mariage ? le frère peut-il épouser sa sœur ?

526. — Premier système. — *La parenté naturelle qui n'est point* légalement établie *ne fait pas obstacle au mariage.* — Lorsque la loi a organisé un mode spécial de constater un fait, ce fait, quoique existant réellement, est légalement réputé inexistant, dès qu'on ne le prouve pas au moyen de la preuve qui lui est propre. Or, la loi, dans un intérêt d'ordre public, afin de prévenir des procès scandaleux et de garantir l'honneur des familles contre des inquisitions flétrissantes, a subordonné la preuve de la parenté naturelle à des conditions spéciales et fort sévères. En dehors de ces conditions, la parenté naturelle, ne pouvant être établie, n'existe point aux yeux de la loi : dès lors, comment pourrait-elle faire obstacle au mariage ? La recherche de la paternité naturelle est d'ailleurs formellement défendue par l'article 340 ; or, cette prohibition n'admet point de distinction : *quelle que soit la nature de l'intérêt engagé,* la recherche de la paternité n'est pas admise. L'admettre, *en ce qui touche les empêchements au mariage,* ce ne serait plus interpréter la loi, ce serait la faire !

Ce système a ses inconvénients, sans doute : il peut donner lieu

78, I, 337) ; M. Demol., *Du mariage*, t. 1, n° 105. — En sens contraire, MM. Aubry et Rau, t. V, § 464, p. 98 et 99; Laurent, t. II, n° 357.

à des mariages scandaleux ; mais le système contraire aurait également ses dangers. La recherche de la parenté naturelle, en dehors des conditions sévères que la loi a organisées dans l'intérêt du repos des familles, amènerait souvent un scandale plus grand que celui qu'elle aurait pour objet d'empêcher. Au reste, la loi existe. On peut la critiquer, en solliciter l'abrogation ; mais, tant qu'elle existe, elle doit être respectée (1).

527. — Deuxième système. — *La parenté naturelle, de quelque manière qu'elle soit établie,* légalement ou autrement, *fait obstacle au mariage.* — Lorsque la loi subordonne telle ou telle règle à la condition que la parenté sera *légalement établie,* elle le dit expressément (art. 158, 331,383 et 756). Or, les articles 161 et 162 prohibent le mariage, non pas seulement entre les parents naturels *légalement reconnus,* mais, ce qui est bien plus général, entre les parents *naturels ;* et ce silence de la loi est d'autant plus décisif que les rédacteurs du Code avaient été sollicités par la Cour d'appel de Lyon à dire expressément que la parenté naturelle ne ferait obstacle au mariage *qu'autant qu'elle serait légalement établie.* Cette circonstance révèle leur pensée. Ils n'ont, quant au point qui nous occupe, organisé aucun mode particulier de preuve, afin de laisser aux magistrats un pouvoir discrétionnaire. C'est donc à la justice qu'est confié le droit d'admettre ou de rejeter, dans sa sagesse, tel ou tel genre de preuve. Ainsi, quoique la parenté naturelle qui n'est pas *légalement* constatée soit *légalement* réputée inexistante en toute autre matière que celle que nous étudions, la loi y voit cependant un obstacle au mariage, lorsque ce fait est établi par des preuves que la justice reconnaît suffisantes (2).

Entre quelles personnes l'alliance fait-elle obstacle au mariage?

Quid, dans la ligne *directe?*

528. — III. De l'alliance. — Elle produit, dans la *ligne directe,* les mêmes obstacles au mariage que la *parenté légitime* ou *naturelle.* Ainsi, de même que le mariage est prohibé à l'infini entre ascendants et descendants légitimes ou naturels, de même il est défendu entre les alliés à titre d'ascendants et de descendants, légitimes ou naturels. Je ne puis donc épouser ni la mère ni la grand'mère légitime ou naturelle de ma femme, ni la fille légitime ou naturelle qu'elle a eue d'un autre homme.

Quid, dans la ligne *collatérale?*

Dans la *ligne collatérale,* l'alliance ne fait obstacle au mariage qu'entre les alliés à titre de frères et sœurs légitimes ou naturels. Le mariage est donc permis entre les alliés à titre d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Ainsi, je ne puis pas prendre pour femme la sœur légitime ou naturelle de ma femme prédécédée ; au contraire, je puis épouser sa tante légitime ou naturelle.

L'alliance résulte-t-elle non-seulement du mariage, mais encore du concubinage?

529. — L'alliance résulte-t-elle, non seulement du mariage, mais encore d'un commerce illicite, du concubinage?

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 178 ; Dur., t. II, n° 166 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 568 *ter*, p. 176, note 12.
(2) Marc., sur l'art. 161 ; M. Demol., *Du mariage,* t. I, n° 107.

Premier système. — *Le concubinage engendre une alliance naturelle qui, de même que l'alliance légitime, fait obstacle au mariage.* Le droit canonique et notre ancien droit civil admettaient, en effet, que le concubinage, lorsqu'il était notoire et qu'il avait fait scandale, engendrait une alliance naturelle qui empêchait le mariage entre chacun des concubins et les parents de l'autre (Poth., *Du mar.*, n° 162). Or, le Code n'a point défini *l'alliance :* il s'en réfère donc, sur ce point, au principe suivi dans notre ancien droit. Autrement, il faudrait dire qu'il tolère les mariages les plus scandaleux, et, par exemple, l'union d'un concubin avec la mère de sa concubine.

Le système contraire conduirait d'ailleurs à des conséquences que la logique et le bon sens condamnent également. Supposons un mariage contracté en violation d'un empêchement dirimant, et plus tard annulé. Bien qu'annulé, il a néanmoins produit des effets civils, et, par suite, une alliance *légitime,* si les parties l'ont contracté *de bonne foi* (art. 201 et 202) : cette alliance devient donc un empêchement légal au mariage entre chacune d'elles et les parents de l'autre. Que si, au contraire, il a été contracté *de mauvaise foi,* il est alors réputé n'avoir été qu'un véritable concubinage. Dira-t-on, dans ce cas, qu'il n'a engendré aucune alliance, et qu'ainsi chacune des parties peut épouser le parent de l'autre? Mais alors leur mauvaise foi leur assure un *avantage* dont ne jouissent pas les parties qui ont été de bonne foi! La loi n'a pu consacrer une semblable anomalie (1).

Ainsi, il n'est pas permis d'épouser la mère, la fille ou la sœur de sa concubine, le père, le fils ou le frère de son concubin.

Toutefois, cette incapacité ne doit être admise qu'autant que le concubinage d'où elle résulte est *légalement* et antérieurement établi, soit par un jugement de condamnation pour complicité d'adultère, soit par l'annulation d'un mariage antérieur et contracté de mauvaise foi, soit enfin par la reconnaissance faite par l'un et l'autre concubin d'un enfant naturel. Autrement, l'allégation du concubinage donnerait lieu à des procédures scandaleuses, que réprouve l'esprit général de notre Code (2).

530. — Deuxième système. — *Le concubinage n'engendre point l'alliance que la loi range parmi les obstacles au mariage.* — Ainsi, l'homme qui a vécu en concubinage avec une femme est libre

(1) Ce raisonnement ne me semble pas sûr. Et d'abord je ne puis pas voir un *avantage* dans la faculté d'épouser la mère ou la fille de sa concubine. J'ajoute qu'en supposant que ce fût un avantage, tout ce qu'il faut en conclure, c'est que cette anomalie a échappé à la perspicacité de la loi.

(2) Dem., t. I, n° 217 *bis,* I et II; Marc., sur l'art. 161; MM. Aubry et Rau t. V, § 461, note 13; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article. — Quelques personnes vont plus loin. Suivant elles, le concubinage, *de quelque manière qu'il soit établi*, engendre une alliance qui s'oppose au mariage entre chacun des concubins et les parents de l'autre. La question de preuve est abandonnée à l'appréciation souveraine et discrétionnaire des magistrats.

d'épouser la mère, la fille ou la sœur de cette femme. L'alliance, en effet, l'alliance *proprement dite,* ne se forme que par le mariage : *affinitatis causa fit ex nuptiis.* — Pothier lui-même en fait la remarque. Il ajoute, il est vrai, que le concubinage crée *une espèce d'alliance* improprement dite, qui, à la différence de *l'alliance légitime,* dont l'existence forme un empêchement jusqu'au quatrième degré inclusivement, fait obstacle au mariage, au premier et au second degré seulement. Or, le Code n'a point reproduit *cette espèce d'alliance* improprement dite : il n'en parle nulle part. Qu'en conclure, si ce n'est qu'il l'a abandonnée (1) ?

Art. 164.

Dans quels cas l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance peut-il être levé ?

Par qui et pour quelles causes peut-il être levé?

531. — IV. Des cas où l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance peut être levé au moyen d'une dispense. — L'article 164 du Code civil n'autorisait les dispenses que pour les mariages *entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* Mais la loi du 16 avril 1832 a conféré le même bénéfice aux *beaux-frères et belles-sœurs.* Cette innovation a nécessité une nouvelle rédaction de l'article 164, qui aujourd'hui comprend les deux cas dans lesquels les dispenses sont possibles.

— Elles sont accordées, *pour causes graves,* par le chef de l'État, sur le rapport du Ministre de la justice (voy. la *Form.* 65).

Les parties qui les demandent les fondent souvent sur la grossesse de la femme. Elles sont, à cet égard, fort mal conseillées : car le gouvernement a pour règle de n'accorder les dispenses qu'à ceux dont la conduite est irréprochable. La possibilité d'obtenir des dispenses pour cause de grossesse serait devenue, si le gouvernement l'eût facilement admise, une excitation au désordre.

§ IV. — *Du consentement des époux.*

Art. 146.

Quelle différence y a-t-il entre l'absence de consentement et le consentement entaché d'erreur ou de violence ?

532. — Le mariage, étant un contrat, ne peut se former que par le consentement des époux (art. 1108), c'est-à-dire par le concours de leurs volontés. Il ne suffit même pas qu'ils donnent un consentement quelconque ; la loi veut que ce consentement soit *libre* et *exempt d'erreur.*

Lorsque le consentement fait absolument défaut, le mariage n'existe point : on dit alors qu'il est *nul.* Toute personne intéressée peut en demander la nullité ; et, à quelque époque qu'elle soit formée, la demande en nullité est recevable.

Que si, au contraire, le consentement existe, mais vicié par la *violence* ou par l'*erreur,* le mariage est, non plus *nul,* mais seulement *annulable.* L'une des parties, celle dont le consentement a été vicié, peut, il est vrai, en faire prononcer la nullité en justice ; mais, tant que la nullité n'en a pas été judiciairement prononcée,

(1) Val., *sur Proud.,* t. I, p. 403; Bug., *sur Poth.,* t. VI, p. 79; M. Demol., t. I, n° 112.

il subsiste comme s'il était valable. Bien plus, le vice dont il est infecté peut être effacé par une ratification postérieure, auquel cas le mariage devient aussi irrévocable que s'il eût été valable *ab initio*. Nous reviendrons sur cette distinction lorsque nous expliquerons, sous le chapitre ***Des nullités de mariage,*** les articles 180 et 181.

Les sourds-muets peuvent-ils se marier? *Quid* des personnes qui sont privées de raison?

Ainsi, point de consentement, point de mariage. Les personnes impuissantes à manifester leur volonté sont donc incapables de se marier : tels sont les sourds-muets et les personnes privées de raison. Toutefois remarquons :

1° Que l'incapacité des sourds-muets cesse lorsque l'éducation qu'ils ont reçue les met à même de comprendre l'engagement qu'ils contractent et de manifester leur consentement, soit par l'écriture, soit par des signes d'une autre nature;

2° Que le mariage contracté par une personne en état habituel de démence ou de fureur est et reste valable lorsqu'il a été célébré pendant un intervalle lucide. Tout se réduit à cette question de fait : les parties ont-elles ou non donné en connaissance de cause leur consentement au mariage?

L'interdiction est-elle par elle-même, et par elle seule, un obstacle permanent au mariage? En d'autres termes, l'interdit peut-il se marier valablement pendant un intervalle lucide?

Faut-il, si on décide que son mariage n'est pas valable, le considérer comme *nul*, ou simplement comme *annulable?*

533. — Une question fort délicate est celle de savoir si la personne *interdite* pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, peut valablement se marier pendant un intervalle lucide. L'interdiction est-elle, en droit, par elle-même, et par elle seule, un obstacle *permanent* au mariage? — Faut-il, si l'on admet l'affirmative, considérer comme *nul,* ou simplement comme *annulable,* le mariage contracté au mépris de cet empêchement?

Quoique ces questions soient fort controversées, je n'hésite point à dire : 1° que l'interdit ne peut point se marier; 2° que si, en fait, il s'est marié, son mariage n'est qu'*annulable*.

Tout mariage est *nul* ou *annulable,* lorsque l'une des parties n'y a pas donné son consentement, ou n'y a donné qu'un consentement vicié. Or, l'interdiction constitue au moins un vice du consentement : donc le mariage contracté par un interdit est au moins annulable.

Lorsqu'une personne privée de raison, *mais non interdite,* s'est mariée, on peut établir que le mariage a été célébré pendant un moment lucide, auquel cas le mariage est valable. C'est une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine du tribunal. Il n'en est plus de même lorsque cette personne était déjà interdite au moment de la célébration du mariage. Le tribunal n'a point à rechercher alors si le mariage a été ou non contracté dans un intervalle lucide : car la question de savoir si ce moment de raison a réellement existé est résolue négativement *par la loi même*. L'interdiction, en effet, a précisément pour but d'éviter ces questions de fait : ce n'est rien autre chose que la présomption légale d'une folie toujours permanente, qui commence avec le jugement d'interdiction et ne cesse qu'avec lui. Nulle preuve contraire n'est admise contre cette présomption de la loi. En

fait, le moment de raison, cet intervalle lucide, peut exister, je le reconnais; mais la présomption de la loi l'emporte sur la réalité.

On objecte que souvent la folie n'est que partielle et n'affecte qu'un seul côté de l'intelligence. Cet homme, par exemple, est monomane, fou sur un seul point, sage et bien avisé sur tout le reste. Pourquoi donc lui défendrait-on le mariage par cela seul que son interdiction a été prononcée?

Je réponds : 1° en principe, on n'interdit pas un tel homme : la justice se borne alors à lui défendre de faire, sans l'assistance d'un conseil judiciaire qu'elle lui désigne, les actes qui font l'objet de sa monomanie (art. 499).

2° La personne qui est *interdite* est, aux yeux de la loi, et, par suite, pour la justice, incapable de faire, en connaissance de cause, non pas tel ou tel acte, mais tous les actes, de quelque nature qu'ils soient. La présomption qui résulte de l'interdiction est, en effet, *générale, absolue*. Celui que la loi juge incapable de faire un acte purement pécuniaire, de vendre ou d'acheter, par exemple, ne peut pas être réputé capable d'engager sa personne et toute son existence, de se marier, en un mot (1)!

534. — Ainsi, l'interdiction est un obstacle permanent au mariage. Mais si, en fait, le mariage a été célébré, je le déclarerais simplement *annulable*. La pensée générale de la loi, touchant les actes faits par un interdit, est celle-ci : On ne doit pas les déclarer valables ; car il est naturel de supposer qu'il n'a pas su ce qu'il faisait quand il les a souscrits. Il ne faut pas non plus les déclarer radicalement nuls ; car peut-être les a-t-il consentis pendant un intervalle lucide. C'est assez qu'ils soient *annulables* au gré de son intérêt (art. 1304). Donc, 1° tant qu'il ne demande pas la nullité de son mariage, son conjoint reste valablement engagé; 2° il lui est permis, lorsqu'il est relevé de son interdiction, de le ratifier, en renonçant à son action en nullité. — Cette renonciation pouvant n'être que tacite, on devra la présumer, s'il a cohabité avec son conjoint pendant *six mois*, à compter de la mainlevée de son interdiction (arg. d'analogie tiré de l'art. 181).

535. — Le consentement qui constitue le mariage consiste dans l'échange des promesses réciproques que se font les parties devant l'officier de l'état civil et sur ses interrogations (art. 75).

Comment et à quel moment les parties doivent-elles consentir à leur mariage?

(1) Toull., t. I, n° 502; Dur., t. II, n°s 27 et suiv.; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 38; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 427. — Marcadé tient que le mariage contracté par un interdit est radicalement nul (t. I, p. 482 et suiv.).

On soutient, dans une autre opinion, que l'interdiction judiciaire ne forme qu'un empêchement prohibitif. « Sans doute, dit-on, l'officier de l'état civil qui connaît l'interdiction doit se refuser à la célébration; mais le tribunal saisi de la question peut, suivant les circonstances, ordonner qu'il y sera procédé. Que si, en fait, le mariage a été célébré, la question de validité dépend uniquement de celle de savoir s'il y a eu ou non consentement suffisant. » — Consultez Dem., t. I, n° 224 *bis*, I; MM. Demol., t. I, n°s 127 à 129; Val., *Explic. somm.*, p. 363 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 214 et 239; Aubry et Rau, t. V, § 464-1° ; Laurent, t. II, n°s 285 et suiv.

Peut-on valablement prendre à l'avance l'engagement de se marier avec telle personne déterminée?
Quid, si cet engagement est accompagné d'une clause pénale?
Quid, si, après qu'un mariage a été sérieusement convenu, arrêté, l'une des parties se retire capricieusement et sans aucun motif légitime?

Jusque-là, aucune promesse n'oblige : il n'est point permis, en effet. d'engager sa liberté, en promettant le mariage à telle ou telle personne. Toute convention, à cet égard, n'est qu'un simple projet qui n'engage ni l'une ni l'autre des parties, et il en est ainsi alors même que les promesses sont accompagnées d'une clause pénale par laquelle les parties ont stipulé que celle des deux qui se dédira payera, à titre d'indemnité, telle somme à l'autre : la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause accessoire (art. 1227). Toutefois, si, après qu'un mariage a été sérieusement convenu, alors que chacune des parties peut raisonnablement compter sur sa célébration, l'une d'elles se retire capricieusement, sans aucun motif légitime, ce manquement à la foi promise l'oblige de réparer le dommage qu'elle cause à l'autre : car quiconque, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de le réparer (art. 1382). Les juges déterminent l'indemnité à payer, en prenant pour base : 1° le préjudice *matériel* qu'a éprouvé celle des parties qui a été délaissée, tel que les dépenses de voyage, les acquisitions déjà faites et devenues inutiles...; 2° le préjudice *moral* qu'elle a subi, c'est-à-dire qu'a pu porter à son honneur l'affront public qui lui a été fait (1).

§ V. *Du consentement des ascendants ou de la famille.*

Quels enfants ne peuvent point se marier sans le consentement de leurs ascendants ou de leur famille?

536. — I. QUELS ENFANTS ONT BESOIN DE CE CONSENTEMENT. — Les enfants *mineurs* de VINGT ET UN ANS, émancipés ou non, légitimes ou naturels, ne peuvent se marier que sous la condition de faire compléter leur consentement par celui de leurs ascendants ou de leur famille.

Les *filles* majeures de vingt et un ans sont affranchies de cette condition : leur consentement au mariage suffit.

Quant aux *fils* légitimes ou naturels, majeurs de vingt et un ans, une distinction est nécessaire :

S'ils n'ont pas d'ascendants, ou si leurs ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont libres de se marier comme ils l'entendent : la loi n'exige que leur consentement.

Dans l'hypothèse contraire, *tant qu'ils n'ont pas vingt-cinq ans révolus, le consentement de leurs ascendants est indispensable.*

Pourquoi la loi exige-t-elle qu'ils obtiennent ce consentement?

537.— II. DES MOTIFS SUR LESQUELS EST FONDÉ CE POUVOIR QU'ONT LES ASCENDANTS OU LA FAMILLE D'EMPÊCHER, DANS LES CAS QUI VIENNENT D'ÊTRE INDIQUÉS, LE MARIAGE DES ENFANTS. — Deux principaux motifs l'expliquent et le justifient :

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 454, note 26; Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 165; Laurent, t. II, nos 304 et suiv. La jurisprudence paraît être aujourd'hui définitivement fixée en ce sens.

1° Les facultés du corps se développant avant celles de l'esprit, l'homme se trouve habile à contracter mariage avant que sa raison, mûrie par le temps, le mette en garde contre les entraînements des passions du premier âge : la loi a dû dès lors le protéger contre lui-même, en lui donnant un guide pour le diriger dans l'acte le plus important de sa vie;

2° Le mariage n'intéresse pas seulement ceux qui le contractent; il engage aussi, jusqu'à un certain point, l'honneur et la fortune de leurs familles, par les rapports d'alliance et par les obligations qu'il est appelé à créer (art. 203, 205 et 207) : c'eût été, par conséquent, blesser la justice que de leur laisser, alors qu'ils sont trop jeunes pour faire un choix convenable, la faculté de se marier contre le gré de leurs parents.

Quelle différence y a-t-il, au point de vue qui nous occupe, entre les filles et les fils

538. — A vingt et un ans, la *fille,* soit qu'elle ait, soit qu'elle n'ait pas d'ascendants, est absolument libre de se marier comme elle l'entend : sa majorité, quant au mariage, est celle du droit commun.

Il n'en est pas de même du *fils* qui a des ascendants : majeur à vingt et un ans pour tous les actes qui regardent ses biens, il reste, quant au mariage, mineur jusqu'à vingt-cinq ans. Tant qu'il n'a pas atteint cet âge, ses ascendants ont le droit d'empêcher son mariage en refusant leur consentement.

Quelles sont les raisons de cette différence?

Quelles sont les raisons de cette différence entre la *fille* et le *fils?* C'est que, a-t-on dit, le refus des ascendants pourrait être irréparable, quant aux filles déjà majeures de vingt et un ans : car leur jeunesse est souvent la cause d'établissements avantageux, dont elles ne trouveraient plus l'occasion à un âge plus avancé. L'homme, au contraire, se marie mieux à vingt-cinq qu'à vingt et un ans. -- Le fils, d'ailleurs, tient plus à ses ascendants que la fille, puisqu'il en conserve et perpétue le nom : son mariage engage donc plus directement l'honneur de sa famille. Dès lors, on a dû le laisser plus longtemps soumis à son autorité. — On a considéré enfin qu'en général la raison se développe plus rapidement chez la femme que chez l'homme.

A qui appartient le droit de consentir au mariage d'un enfant, lorsque son père et sa mère existent?

Quid, si l'un donne tandis que l'autre refuse son consentement?

539. — III. Par quelles personnes le consentement doit être donné dans les cas ou il est exigé. — Passons en revue les différentes hypothèses prévues par la loi.

1° *Le père et la mère existent, et sont l'un et l'autre en état de manifester leur volonté.* — Leur consentement est exigé et nécessaire. Toutefois, en cas de *dissentiment,* le consentement du père *suffit.* Ainsi, le père refuse-t-il son consentement, tandis que la mère donne le sien : le mariage n'est pas possible. La mère, au contraire, refuse-t-elle de consentir, tandis que le père approuve : la loi permet le mariage. — Le consentement du père ne suffit qu'en cas de *dissentiment,* ce qui suppose que la mère doit être au moins consultée : car il n'y a pas de *dissentiment* là où une seule opinion a été émise. Il faut donc, lorsque le père consent, établir que la mère a été consultée : on lui fait, à cet effet, un acte

respectueux, dans lequel le notaire rapporte la déclaration qu'elle a faite. Cette formalité a son utilité : les observations de la mère peuvent, en effet, être fort justes ; il importe alors que le père et l'enfant en aient connaissance, afin que, mieux éclairés, ils abandonnent, l'un et l'autre, le projet malencontreux que la mère refuse d'approuver (1).

Quid, si l'un des deux est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté ? Comment alors se prouve le décès?

540. — 2° *Le père ou la mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.* — Le consentement de l'autre suffit alors, mais sous la condition d'établir le décès ou l'impossibilité qui met le père ou la mère hors d'état de manifester sa volonté.

La preuve du décès résulte de l'acte de l'état civil qui en a été dressé et qui doit être représenté. Toutefois, à défaut de preuve authentique, le père ou la mère dont l'existence est incertaine peut être considéré comme présumé absent, auquel cas on procède, par analogie, conformément à l'article 155 (voy. la *Form.* 69) (2).

D'où peut résulter l'impossibilité de manifester sa volonté?

Quant à l'impossibilité de manifester sa volonté, elle peut résulter d'un empêchement physique ou légal. La loi, au reste, ne détermine point les événements qui la constituent légalement ; elle s'en rapporte donc, à cet égard, à l'appréciation des magistrats. On cite, à titre d'exemples :

D'une part, le cas où le père ou la mère est en état de présomption ou de déclaration d'absence.— La preuve de cette impossibilité se fait conformément à l'article 155.— La simple *non-présence* n'est point par elle-même une cause suffisante d'*impossibilité*. Mais, jointe à d'autres circonstances, elle peut, en fait, réunir tous les caractères d'une impossibilité véritable ; c'est ce qui arriverait notamment s'il était impossible de se procurer le consentement de l'ascendant, par suite d'une interruption de communications occasionnée par la guerre ou par toute autre cause.

D'autre part, le cas où l'ascendant est privé de l'exercice de ses droits civils par l'effet d'une interdiction *judiciaire* (art. 509).

Quid, si le père et la mère sont l'un et l'autre décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté ?

541. — 3° *Le père et la mère sont l'un et l'autre décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* — Leur pouvoir passe alors aux *aïeuls* et *aïeules* (3). Ajoutons, quoique la loi ne le dise pas expressément : et, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, aux *bisaïeuls*

(1) M. Demol., *Du mariage,* t. I, n° 38 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 167 et 168. Comp. M. Laurent, t. II, n° 312.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 306 ; Demol., t. I, n° 40. — Quelques personnes pensent que l'art. 155 n'est pas applicable au cas où le *consentement* des ascendants est exigé. Il n'a, en effet, trait qu'à la nécessité de leur faire des actes respectueux. Or, disent-elles, entre ces deux cas aucune analogie n'existe. Dans ce système, la justification légale de l'impossibilité ne peut résulter que d'un jugement de déclaration d'absence ou d'une décision judiciaire spéciale. Un simple acte de notoriété délivré par le juge de paix ne suffit pas. Voy. M. Laurent, t. II, n°s 313 et 318.

(3) Les aïeuls peuvent prouver le décès des père et mère par l'acte de décès, et, à défaut de cet acte, par *leur propre attestation* (voy. un avis du Conseil d'État du 27 messidor-4 thermidor an XIII).

et *bisaïeules.* Si la loi n'a parlé que des *aïeuls* et *aïeules,* c'est qu'elle a statué sur la situation la plus fréquente : *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

Examinons les différents cas qui peuvent se présenter.

542. — PREMIER CAS. — *Il n'y a d'ascendants que dans une ligne.* Trois hypothèses sont possibles :

Quid, s'il n'existe d'ascendants que dans une ligne?

Première hypothèse. — Si *un seul* ascendant existe, son consentement suffit.

Quid, dans ce cas, s'il n'existe qu'un seul ascendant?

Seconde hypothèse. — S'il en existe deux, *à des degrés inégaux,* par exemple, une aïeule et un bisaïeul, le droit de consentir au mariage ou de l'empêcher appartient exclusivement à l'ascendant le plus proche, à l'aïeule. Ainsi, *dans la même ligne, l'ascendant le plus proche, quel que soit son sexe, exclut l'ascendant le plus éloigné.*

Quid, s'il en existe deux à des degrés inégaux, par exemple, une aïeule et un bisaïeul ?

Troisième hypothèse. — Si deux ascendants *à degrés égaux* existent, par exemple, l'aïeul et l'aïeule, les choses se passent comme lorsque l'enfant a son père et sa mère : en cas de *dissentiment,* la volonté de l'*aïeul* l'emporte. Ainsi, *dans chaque ligne, entre ascendants de même degré, le principe de la prépondérance du sexe est admis.*

Quid, s'il en existe deux à degrés égaux, par exemple, un aïeul et une aïeule?

543. — DEUXIÈME CAS. — *Des ascendants existent dans l'une et l'autre ligne.* — Deux hypothèses sont possibles :

544. — *Première hypothèse.* — Les ascendants qui existent dans les deux lignes sont *égaux en degrés ;* ce sont, par exemple, des aïeuls et des aïeules. — Aucune des deux lignes n'exclut l'autre ; chacune d'elles a un droit égal, quels que soient le nombre et le sexe des ascendants qu'elle compte. En cas de dissentiment entre elles, le partage vaut consentement.

Quid, s'il existe, à degrés égaux, des ascendants dans les deux lignes?

Soient une *aïeule* dans la ligne maternelle et un *aïeul* dans la ligne paternelle : si l'*aïeule* de la ligne maternelle consent, le mariage est possible, alors même que l'*aïeul* de la ligne paternelle le désapprouve. Ainsi, *la prépondérance du sexe, admise entre ascendants de la même ligne, n'a pas lieu d'une ligne à l'autre.*

Soient une *aïeule* dans la ligne maternelle, un *aïeul* et une *aïeule* dans la ligne paternelle : le consentement de l'*aïeule* maternelle l'emporte sur le refus des deux ascendants de la ligne paternelle.

Il se peut même que le consentement d'un seul ascendant l'emporte sur le refus de trois ascendants. Soient, dans la ligne maternelle, un aïeul et une aïeule; dans la ligne paternelle, également un aïeul et une aïeule : si l'*aïeul* de l'une des deux lignes consent, tandis que l'aïeule de la même ligne, l'aïeul et l'aïeule de l'autre ligne refusent, le mariage est permis. Dans l'espèce, en effet, l'une des deux lignes consent, puisqu'en cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule le consentement de l'aïeul suffit; or, le partage entre les deux lignes emporte consentement. — La loi a voulu faciliter les mariages.

Ne peut-il pas alors arriver que le consentement d'un ascendant l'emporte sur le refus de trois?

545. — *Deuxième hypothèse.* — Des ascendants, *à des degrés inégaux,* existent dans les deux lignes : aïeul ou aïeule dans l'une,

Quid, s'il existe dans les deux lignes des as-

cendants à des degrés inégaux? bisaïeuls ou bisaïeules dans l'autre. — La ligne dans laquelle se trouvent les ascendants les plus proches n'exclut pas l'autre; le droit d'intervention est égal entre elles, car le mariage de leur descendant les intéresse également. L'article 150 les appelle d'ailleurs l'une et l'autre, sans distinguer si les ascendants qui s'y trouvent sont ou non à des degrés égaux. Si donc les bisaïeuls d'une ligne consentent, tandis que les aïeuls de l'autre ligne refusent, le consentement des premiers l'emporte sur le refus des seconds, puisqu'en cas de dissentiment entre les deux lignes le partage vaut consentement. Ainsi, *la prépondérance du degré, admise entre ascendants de la même ligne* (voy. le n° 542, 2[e] hypothèse) *n'a pas lieu d'une ligne à l'autre* (1).

Quelles différences y a-t-il entre le droit qu'ont les ascendants de consentir au mariage de leurs enfants, et les règles qui régissent la tutelle que la loi leur confère?

546. — Remarquons, en terminant, que la loi n'applique pas au droit qu'elle confère aux ascendants de consentir au mariage de leurs descendants les mêmes règles que celles par lesquelles elle a organisé la tutelle. Les différences sont nombreuses (art. 150, 402, 404, combinés) :

Quant au mariage, aucune des deux lignes n'a de prépondérance sur l'autre. En matière de tutelle, la ligne *paternelle* est préférée à la ligne *maternelle*.

Lorsqu'il s'agit de mariage, l'ascendant d'une ligne, quoique plus proche que l'ascendant qui se trouve dans l'autre, ne l'exclut pas. C'est l'inverse qui a lieu dans la tutelle.

Tous les ascendants, sans distinction de sexe, sont appelés à consentir au mariage. L'ascendant mâle est seul tuteur légitime (art. 402 à 404).

Art. 160.

547. — 4° *Les père et mère et les ascendants sont tous décédés* (2),

(1) MM. Demol., t. I, n° 49; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n°250; Laurent, t. II, n° 317.

MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 397; Dem., t. I, n° 211 *bis*, II; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 33, sont d'un avis contraire. Suivant eux, la considération du degré l'emporte sur celle de la ligne. Ce n'est qu'au cas où les ascendants des deux lignes sont *égaux en degrés* que le dissentiment entre elles vaut consentement. Dans l'hypothèse contraire, le pouvoir de consentir au mariage ou de l'empêcher appartient exclusivement à l'ascendant plus proche en degré. Ainsi, lorsqu'il existe un aïeul dans une ligne, et un bisaïeul dans l'autre, il suffit de consulter l'aïeul. La loi, disent-ils, défère la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls (art. 402 et suiv.) : pourquoi n'en serait-il pas de même lorsqu'il s'agit du droit de consentir au mariage du mineur? — Par une bonne raison, si je ne me trompe : la tutelle est une *charge;* ici, au contraire, il s'agit d'un *droit*. Qu'importe au bisaïeul que la tutelle soit confiée à l'aïeul? Cette préférence ne lui fait aucun préjudice. Il n'en serait pas de même, si l'aïeul avait à lui seul le droit d'autoriser un mariage mal assorti qui lui imposerait des rapports d'alliance indignes de la famille.

Dans son *Cours de Code civil* (t. I, p. 170), M. Valette, avec une modestie qui l'honore, abandonne l'opinion qu'il avait d'abord exprimée dans ses notes sur Proudhon.

(2) A défaut d'acte de leur décès, il peut être procédé au mariage de leur enfant *majeur*, sur sa déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de ses ascendants sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée par les quatre témoins du mariage, qui affirment aussi par serment qu'ils

ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. — Si le fils ou la fille qui veut se marier est majeur de vingt et un ans, son propre consentement suffit; s'il est mineur, le consentement de son conseil de famille est nécessaire.

Quid lorsque les père et mère et les ascendants sont tous décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté?

— La décision du conseil de famille est-elle souveraine? ne peut-on pas se pourvoir, soit contre son consentement, lorsqu'il l'a donné, soit, dans l'hypothèse contraire, contre son refus de consentir?

La décision du conseil de famille est-elle souveraine, comme celle des ascendants qu'il remplace?

L'ancien droit permettait de soumettre sa décision à la justice. Cette faculté n'a pas été reproduite par le Code civil; mais la plupart des auteurs pensent qu'elle résulte de l'article 883 du Code de procédure, au moins pour le cas où la décision du conseil de famille n'a pas été *unanime*. « Toutes les fois, est-il dit dans ce texte, que les délibérations du conseil de famille ne sont pas *unanimes, l'avis* de chacun des membres qui le composent doit être mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, subrogé-tuteur, ou curateur, même les membres de l'assemblée, peuvent se pourvoir contre la délibération par une demande formée contre les membres de la majorité. » Cette disposition est, dit-on, générale, absolue dans ses termes : elle s'applique donc sans exception à toutes les délibérations du conseil de famille (1).

548. — On soutient, dans un autre système, que l'article 883 du Code de procédure n'a pas dérogé au pouvoir absolu que l'article 160 du Code civil attribue au conseil de famille, dans le cas où le mineur n'a plus d'ascendants. Ceux-ci, lorsqu'ils existent, ont un pouvoir souverain : on ne peut en appeler de leur décision auprès de qui que ce soit; or, leur pouvoir est, à leur défaut, attribué par la loi même au conseil de famille qui les remplace. Sa décision est donc aussi souveraine que le serait la leur! Que lui demande-t-on d'ailleurs? un simple *avis ?* Non! c'est son *consentement* qu'il est appelé à donner ou à refuser. Entre ces deux termes, *avis* et *consentement,* la différence est grande. L'*avis* n'oblige pas, personne n'est tenu de s'y soumettre. Le *consentement,* au contraire, est un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle. Or, l'article 883 du Code de procédure n'a trait qu'aux *avis de parents,* ainsi que cela résulte de la rubrique du Titre où il est placé. Ajoutons, enfin, que les membres de la majorité ne pourraient pas défendre leur décision lorsqu'elle serait contraire au mariage : car les motifs qu'il leur faudrait donner pour justifier leur refus de consentir pourraient blesser le futur époux du mineur, porter peut-être atteinte à son

sont dans la même ignorance (Avis du Conseil d'État du 27 messidor-4 thermidor an XIII).

Quant au mariage des *mineurs* de vingt et un ans, appliquez ce que j'ai dit ci-dessus, n° 540, relativement à la preuve du décès du père ou de la mère.

(1) Dem., t. I, p. 315; Val., *sur Proud.*, p. 339; M. Massé, *Rev. de droit franç. et étrang.*, 1846, t. III, p. 183.

honneur, et, par suite, les exposer à une demande en dommages et intérêts (1).

549. — Les règles qui viennent d'être exposées sont, en général, applicables aux enfants *naturels*. Signalons, toutefois, deux différences :

Art. 158 et 159.

Quelles différences y a-t-il, au point de vue qui nous occupe, entre les enfants *naturels* et les enfants *légitimes* ?

550. — 1° Les enfants légitimes peuvent avoir des *ascendants* qui remplacent leurs *père* et *mère*, quand ceux-ci sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (voy. le n° 541) ; les enfants naturels, au contraire, n'ont point d'*ascendants* autres que leurs *père* et *mère*, car le lien de parenté que la reconnaissance constate est borné au père ou à la mère qui l'a faite. Lors donc que les père et mère d'un enfant naturel sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'article 150 ne reçoit pas son application.

2° L'enfant naturel, mineur de vingt et un ans, doit, pour pouvoir se marier, obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, nommé par un conseil de famille. — Ce conseil est improprement appelé *de famille* : car l'enfant naturel dont les père et mère sont décédés, ou qui n'a point été reconnu, n'a point de *parents*. On y appelle les personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec son père ou avec sa mère, ou ses propres amis (2).

Pourquoi la loi veut-elle que le consentement au mariage d'un enfant naturel soit donné, non pas par le conseil de famille, mais par un *tuteur ad hoc* ?

Ainsi, lorsqu'il s'agit du mariage d'un enfant *légitime*, mineur de vingt et un ans, qui n'a plus d'ascendants, c'est son conseil de famille qui est appelé lui-même à donner ou à refuser son consentement, tandis que, dans le même cas, le soin de consentir au mariage de l'enfant *naturel* ou de l'empêcher est confié, non pas à son conseil de famille, mais à un tuteur spécial que le conseil de famille désigne à cet effet. La loi a pensé qu'un conseil composé d'*amis* seulement ne remplirait son devoir qu'avec indifférence, tandis que la personne chargée spécialement de veiller aux intérêts d'un enfant délaissé mettra tout son honneur à bien faire. La responsabilité morale d'un seul est, en effet, une plus sûre garantie que la responsabilité collective, qui plane vaguement sur tous sans saisir directement personne. — Il est bien entendu, au reste, que le tuteur ordinaire, s'il en existe un, pourra recevoir cette délégation spéciale.

Comment et à quel moment le consentement doit-il être donné ?

551. — IV. Comment et a quel moment le consentement doit être donné. — Le consentement peut être donné au moment même

(1) Delv., t. I, p. 50 ; Dur., t. II, nos 101 et 102 ; Bug., à son cours ; MM. Demol., t. I, n° 86 ; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 40 ; Laurent, t. II, n° 344 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 178 et suiv.

(2) Dur., t. II, n° 117 ; MM. Demol., t. I, n° 89 ; Val., *Explic. somm.*, p. 88 ; Dem., t. I, p. 314 ; Bug. — Tel est l'usage suivi dans la pratique. Cependant quelques personnes pensent que le tuteur *ad hoc* doit être nommé sur requête par le tribunal (MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 159 Laurent, t. II, n° 342).

de la célébration du mariage, verbalement, à l'officier de l'état civil, qui le reçoit directement.

Mais ce mode de procéder n'est pas toujours possible. Les ascendants peuvent être malades ou éloignés du lieu où le mariage doit être célébré; le conseil de famille, lorsque c'est lui qui est appelé à consentir, ne peut pas, on le conçoit, assister à la célébration. Dans ces divers cas, le consentement peut être donné à l'avance, par un acte notarié que les parties remettent à l'officier de l'état civil (voy. les *Form.* 66 et 67). Toutefois ce consentement anticipé n'est vraiment utile qu'autant qu'*il existe encore* au moment où se forme le mariage dont il est un élément de validité, c'est-à-dire au moment de sa célébration. De là, cette double conséquence :

Le consentement donné à l'avance peut-il être révoqué ?

1° L'ascendant ou le conseil de famille qui a donné son consentement à l'avance peut le révoquer, auquel cas le mariage n'est pas possible. — Cette révocation peut être faite, soit au moyen d'une opposition au mariage, soit en retirant des mains de l'enfant auquel il a été remis l'acte de consentement, soit, enfin, par une notification faite à l'une et l'autre partie.

Quid, si l'ascendant qui l'a donné meurt avant la célébration du mariage?

2° Si l'ascendant qui a consenti au mariage meurt avant qu'il ait été célébré, son consentement doit être considéré comme non avenu. L'enfant qui l'avait obtenu doit donc en obtenir un nouveau, de ceux de ses parents sous l'autorité desquels il se trouve actuellement placé par suite du décès de l'ascendant dont la puissance s'est éteinte. — Toutefois, le mariage doit être maintenu, lorsqu'il a été contracté de bonne foi par les parties, c'est-à-dire dans l'ignorance du décès de l'ascendant qui l'avait autorisé (art. 2008 et 2009, argum.) (1).

L'acte portant consentement doit-il contenir, non seulement le nom de l'enfant qu'i concerne, mais encore celui de son futur conjoint?

En d'autres termes, le consentement peut-il être indéterminé et général?

552. — Lorsque les ascendants ou le conseil de famille donnent leur consentement par acte notarié, cet acte doit-il désigner *individuellement,* non seulement l'enfant qu'il concerne, mais aussi la personne que cet enfant doit épouser? La négative est soutenue. « La loi, a-t-on dit, n'exige pas cette mention (art. 73); or, il n'est point permis de créer, par voie d'interprétation, des prescriptions que la loi n'exige pas. Cette doctrine est d'ailleurs commandée par la nécessité même. Des entreprises lointaines peuvent, en effet, séparer l'enfant de ses ascendants; or, en pareil cas, il faut bien, si l'on ne veut pas retarder indéfiniment le mariage, permettre à l'ascendant de donner à son enfant, lorsqu'il a confiance en sa sagesse, un consentement indéterminé et général » (2).

L'affirmative est plus conforme à l'esprit et même à la lettre de la loi. Que veut-elle, en effet, lorsqu'elle confie aux ascendants le droit de consentir au mariage ou de l'empêcher? Que leur expé-

(1) M. Demol., t. I, n° 58.

(2) MM. Aubry et Rau, t. V, § 466, note 6; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 73.

rience profite à l'enfant, qu'elle l'éclaire, qu'elle le dirige, qu'elle puisse, en un mot, le préserver à temps d'un engagement malheureux et irréparable! Or, cette mission n'est pas et ne peut pas être remplie lorsque l'ascendant dit à son enfant : « Fais au gré de tes désirs, épouse qui tu voudras. » Il n'exerce pas alors sa puissance paternelle; il l'abdique! Au lieu de *consentir* à son mariage, il l'autorise à se marier *sans son consentement*.

La permission donnée à un enfant de se marier, sans désignation de la personne à épouser, ne constitue donc point un véritable consentement, un consentement légal : l'acte qui la contient est nul et de nul effet. D'où, pour le notaire qui dresse des actes de consentement à mariage, le soin et le devoir de ne pas laisser *en blanc* le nom de la personne à épouser par l'enfant autorisé (1).

Art. 156.

Quelle peine encourt l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage sans s'être préalablement assuré que les consentements nécessaires à sa validité ont été donnés?

Quid si, s'étant assuré de leur existence, il ne les a pas mentionnés dans l'acte de célébration?

Cette négligence n'est-elle qu'une omission sans importance?

553. — V. De l'obligation imposée a l'officier public de s'assurer des consentements nécessaires a la validité du mariage et d'en faire mention dans l'acte de célébration. — L'officier de l'état civil qui a célébré un mariage pour la validité duquel le consentement des ascendants ou de la famille était nécessaire, sans s'être assuré de ce consentement, est passible de 16 à 300 francs d'amende et d'un emprisonnement de six mois à un an. Telle est la disposition de l'article 193 du Code pénal.

Le Code civil va plus loin : il déclare coupables, non seulement l'officier qui a célébré le mariage sans s'être assuré de l'existence des consentements nécessaires à sa validité, mais encore celui qui, s'en étant assuré, n'en a pas fait mention dans l'acte de célébration. Cette simple inadvertance, ou omission, le rend punissable, d'une part, d'une amende qui peut être moindre de 16 francs, car le minimum n'en est point fixé, mais qui ne peut pas dépasser 300 francs ; d'autre part, d'un emprisonnement qui ne peut pas être moindre de six mois, mais dont le maximum n'est pas fixé.

Quelques personnes pensent qu'en ne punissant que l'officier qui ne s'est pas *assuré* des consentements nécessaires à la validité du mariage qu'il a célébré, l'article 193 du Code pénal a tacitement abrogé la peine que notre article 156 prononce contre celui qui n'a pas mentionné dans l'acte de célébration les consentements qui ont été donnés (2); mais cette abrogation est formellement démentie par l'article 195 du même Code, lequel porte que la peine établie

(1) Delv., t. I, p. 134; Marc., sur l'art. 72; Dem., t. I, n° 236 *bis ;* MM. Demol., t. I, n° 53; Laurent, t. II, n° 320. — M. Duranton, qui admet le principe, pense néanmoins que, si, en fait, le mariage a été célébré, la nullité n'en pourra pas être prononcée sous prétexte que l'acte portant consentement ne désignait point la personne à épouser par l'enfant. Selon lui, le consentement en blanc ne constitue qu'un empêchement simplement *prohibitif*. Il soutient même que l'enfant peut valablement triompher de cet empêchement en écrivant de sa main, dans l'acte en blanc qui lui a été remis, le nom de la femme qu'il doit épouser (t. II, n°s 91 et 92).

(2) Dem., t. I, p. 313; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 156.

par l'article 193 sera appliquée, *sans préjudice des autres dispositions pénales du titre Ve du livre Ier du Code civil* (1).

Ainsi, deux faits punissables sont prévus, l'un par l'article 193 du Code pénal, l'autre par l'article 156 du Code civil. Le premier est plus grave que le second, il est plus sévèrement puni : car, tandis que, dans le premier cas, le minimum de l'amende est de 16 francs (art. 193 C. pén.), la peine peut être de 10, et même de 5 francs dans le second.

Qu'on ne dise pas que le défaut de mention, dans l'acte de célébration, d'un consentement qui a été réellement donné, n'est qu'une omission sans importance! Cette faute peut avoir des conséquences irréparables : car, en privant les époux du seul moyen qu'ils ont de prouver le consentement qu'ils ont obtenu, lorsqu'il a été donné verbalement, au moment même de la célébration, elle expose leur mariage au danger de la nullité.

Section II. — Des empêchements simplement prohibitifs.

I. — *Des actes respectueux.*

Art. 151 à 155, et art. 158.

A quel âge les enfants peuvent-ils se marier sans le *consentement* de leurs ascendants ou de leur famille?

Ne doivent-ils pas, à tout âge, demander au moins leur *conseil?*

Pourquoi le doivent-ils?

Quelle est l'utilité de cette mesure?

554. — 1° *Motifs et utilité des actes respectueux.* — Le fils, qui a vingt-cinq ans accomplis, la fille, quand elle a vingt et un ans révolus, sont absolument maîtres de leur destinée : leur volonté suffit pour la validité de leur mariage : ils n'ont besoin, à cet égard, du concours d'aucun autre consentement. Toutefois, l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses ascendants (art. 371); or, il manquerait à ce devoir s'il accomplissait, sans préalablement prendre au moins leur *conseil,* l'acte qui doit leur donner une postérité et leur imposer même des obligations pécuniaires (art. 206 et 207).

Cette nécessité de consulter ses ascendants avant de contracter mariage est d'ailleurs utile à l'enfant lui-même : elle appelle son attention sur l'importance de l'acte qu'il va faire; les détails qu'elle entraîne lui donnent le temps de réfléchir avec maturité, et, par suite, le moyen de se soustraire aux influences passionnées et mauvaises qui le dominent. Les conseils qu'il reçoit le détourneront peut-être d'une union peu digne de lui et de sa famille.

En résumé, les ascendants ont le droit, non plus d'empêcher le mariage de leur enfant en refusant leur consentement, mais de l'en détourner par leurs conseils, sauf à lui à passer outre, s'il persiste dans son projet.

Qu'est-ce qu'un *acte respectueux?*

555. — 2° *Ce que c'est qu'un acte respectueux; dans quelle forme il doit être fait.* — L'enfant qui a le droit de se marier contre le gré de ses ascendants doit préalablement leur demander *conseil,*

(1) MM. Val., *sur Proud.*, p. 215; Demol., t. I, n° 91.

au moyen d'un acte authentique qui leur est notifié par un notaire. Cette demande par acte notarié est ce qu'on appelle un *acte respectueux*.

Pourquoi la loi a-t-elle remplacé les mots *sommation respectueuse*, par les mots *acte respectueux* ?

On l'appelait autrefois, et dans le monde on l'appelle encore, *sommation respectueuse*. Ces deux mots jurent ensemble, car rien n'est moins *respectueux* qu'une *sommation*. Le Code a supprimé l'expression *sommation*, et l'a remplacée par le mot *acte*.

Qui rédige les actes respectueux ?

— L'enfant qui recourt aux actes respectueux fait rédiger sa demande par un notaire, assisté d'un second notaire ou de deux témoins. Sa demande doit être *formelle* et *respectueuse*, c'est-à-dire rédigée en des termes qui puissent, sans blesser l'ascendant, lui faire bien comprendre ce qu'on lui demande.

Par qui sont-ils notifiés ?
Pourquoi par un notaire plutôt que par un huissier ?

Elle doit être notifiée par un *notaire*. La loi exclut, dans l'espèce, le ministère des *huissiers*, parce que leur intervention a un caractère blessant qui s'accommoderait mal avec la nature d'un acte respectueux. Les notaires, conseils ordinaires des familles, sont entre les parties des intermédiaires plus convenables.

Le notaire qui les notifie doit-il être assisté d'un second notaire ?
Doit-il être accompagné de l'enfant ?

— Le notaire qui fait la notification doit être assisté d'un autre notaire ou de deux témoins. L'article 154 est formel sur ce point.

Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent à la notification. La loi a pensé, sans doute, que sa présence, pouvant surexciter l'irritation de l'ascendant, serait souvent dangereuse (voy. la *Form.* 68).

Quid, si le notaire ne trouve point chez eux ceux auxquels il doit notifier les actes respectueux ?

— La notification doit être faite à la *personne* même des ascendants : cela résulte de l'obligation imposée au notaire de mentionner dans son procès-verbal de notification la réponse qu'ils ont faite. Toutefois, il est bien évident qu'il ne leur est point permis d'empêcher indéfiniment, en se tenant cachés, ou en refusant de recevoir le notaire, l'accomplissement des actes respectueux, et, par suite, du mariage. Le notaire qui ne les trouve pas chez eux, ou qu'ils refusent de recevoir, peut donc, après avoir mentionné ce fait, laisser copie de son procès-verbal aux parents ou domestiques qu'il trouve au domicile. Cette notification, faite conformément au droit commun (art. 68, C. pr.), est pleinement valable.

A qui les actes respectueux doivent-ils être notifiés ?

556. — 3° *Des ascendants auxquels il doit être fait des actes respectueux.* — La demande de *conseil* doit être adressée aux ascendants qui, si l'enfant était mineur quant au mariage, seraient appelés à donner leur *consentement*. Il faut donc, quant aux actes respectueux, suivre l'ordre hiérarchique établi par les articles 148, 149 et 150. Ainsi, ils doivent être notifiés au père et à la mère, à moins que l'un d'eux ne soit décédé ou dans l'impossibilité de donner un conseil, auquel cas il suffit de les notifier à l'autre. S'ils sont morts tous les deux ou incapables de manifester leur volonté, la notification doit alors être faite aux ascendants, dans l'ordre que nous avons indiqué sous les n°s 541 et suivants.

Combien en faut-il ?
A quels intervalles doivent-ils être notifiés?

557. — 4° *Du nombre des actes respectueux et des intervalles de temps que la loi exige entre eux.* — De vingt-cinq à trente ans pour les fils, de vingt et un à vingt-cinq ans pour les filles, *trois* actes

respectueux sont nécessaires. La loi exige qu'ils soient faits de mois en mois. Un mois après le troisième, l'enfant *peut* passer outre au mariage.

Ces intervalles d'un mois se comptent de quantième à quantième. Ainsi, lorsque le premier acte a été notifié le 10 juillet, le second peut l'être le 10 août.

Après trente ans pour les fils, vingt-cinq ans pour les filles (art. 153, rectifié par l'art. 152), un seul acte suffit; un mois après, il peut être passé outre à la célébration du mariage.

Art. 157.

Quid, si l'officier de l'état civil célèbre le mariage, alors que les actes respectueux exigés par la loi n'ont pas été faits?

Quid, s'il néglige de mentionner dans l'acte de célébration les actes respectueux qu ont été faits?

Pourquoi, dans ce cas, n'encourt-il aucune peine, tandis qu'il est punissable lorsqu'il ne mentionne pas sur le même acte les consentements qui ont été donnés?

558. — 5° *De la défense faite à l'officier public de célébrer le mariage tant qu'on ne lui a pas justifié de l'existence des actes respectueux.* — L'officier de l'état civil qui célèbre un mariage est punissable, non seulement lorsqu'il ne s'assure pas de l'existence des *consentements* nécessaires à sa validité, mais encore lorsque, s'en étant assuré, il néglige d'en faire mention dans l'acte de célébration du mariage (voy. le n° 553). La loi est moins rigoureuse lorsqu'il s'agit d'un mariage pour la validité duquel le *consentement* des ascendants n'est plus nécessaire. L'officier de l'état civil qui le célèbre sans exiger la justification de l'existence des *actes respectueux* est punissable sans doute : la peine qu'il encourt est la même que celle qui est établie contre l'officier qui, s'étant assuré de l'existence des consentements nécessaires à la validité d'un mariage, n'en a pas fait mention dans l'acte de célébration (voy. le n° 553); mais, lorsque les actes respectueux ont réellement existé, l'officier public qui a célébré le mariage n'est point punissable, quoiqu'il ait négligé de les mentionner dans l'acte de célébration.

Cette différence entre le défaut de mention du *consentement* et le défaut de mention des *actes respectueux* s'explique naturellement. Le premier constitue une faute très grave, puisqu'il expose le mariage au danger de la nullité (voy. le n° 553). Le second, au contraire, n'est qu'une simple négligence : il n'en peut résulter aucune conséquence fâcheuse, puisque le mariage est valable même en l'absence des actes respectueux.

Art. 155.

Comment procède-t-on lorsque l'ascendant auquel les actes respectueux devraient être faits, s'il était présent, se trouve absent

559. — Comment on procède dans le cas d'absence de l'ascendant auquel devraient être faits les actes respectueux s'il était présent. — Il est passé outre à la célébration, sous la condition de justifier de l'absence de l'ascendant.

La loi, au reste, suppose l'absence du *dernier* ascendant : car, si d'autres existent, ceux qui sont présents et en état de manifester leur volonté remplacent celui qui est absent : c'est à eux alors que les actes respectueux doivent être faits. Ainsi, par exemple, lorsque, la mère étant morte, le père est absent, les actes respectueux doivent être notifiés aux aïeuls et aux aïeules, s'il en existe. Ce n'est donc qu'au cas où il n'existe point d'autres ascendants pour remplacer celui qui est absent qu'il est permis de passer outre au mariage (1).

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 379; Dur., t. II, n° 112; MM. Demol., t. I, n° 63; Laurent, t. II, n° 326.

Il faut alors justifier de l'absence de l'ascendant. Cette preuve peut être faite, au moyen :

Soit d'un jugement de déclaration d'absence;

Soit d'un jugement qui a ordonné l'enquête prescrite par l'article 116 pour constater l'absence;

Soit enfin d'un *acte de notoriété,* contenant la déclaration de quatre témoins désignés d'office par le juge de paix dans le ressort duquel l'ascendant a eu son dernier domicile connu (voy. la *Form.* 69).

Si l'ignorance où l'on est de son dernier domicile rend impossible l'acte de notoriété, il peut être passé outre au mariage sur la déclaration à serment faite par les parties que le dernier domicile de leur ascendant leur est inconnu. Toutefois, cette déclaration n'est valable qu'autant qu'elle est certifiée, aussi sous serment, par les quatre témoins du mariage, lesquels affirment que, bien qu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. L'officier de l'état civil est tenu de mentionner cette double déclaration dans l'acte de mariage (voy. l'avis du 4 thermidor an XIII) (1).

II. — *Des deux publications qui doivent précéder la célébration du mariage.*

Art. 63.

Le défaut des deux *publications* qui doivent précéder la célébration du mariage constitue-t-il un empêchement *dirimant* ou simplement *prohibitif?*

560. — L'omission de ces publications constitue un empêchement PROHIBITIF : car, tant qu'elles n'ont pas été faites, il est défendu à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage (art. 192). Mais cet empêchement n'est que *prohibitif :* car, si l'officier de l'état civil passe outre, le mariage célébré est valable, pourvu d'ailleurs qu'il ait été *célébré publiquement.* Nous verrons, en effet, sous l'article 191, que le défaut de ***publications*** et le défaut de ***publicité*** sont deux choses qu'il ne faut pas confondre.

III. — *De l'existence d'une opposition au mariage.*

Art. 172 et s.

Quid de l'existence d'une opposition au mariage?

561.—L'officier de l'état civil, n'étant point juge du mérite de l'opposition qui lui a été notifiée, doit suspendre la célébration du mariage jusqu'à ce que mainlevée en ait été régulièrement obtenue. Toutefois, le mariage célébré au mépris d'une opposition n'est pas, par cela seul, entaché de nullité, s'il réunit d'ailleurs les conditions nécessaires à sa validité (voy. l'explic. du chap. III). L'opposition n'est donc par elle-même, et indépendamment des causes sur lesquelles elle est fondée, qu'un empêchement simplement prohibitif.

(1) Sur cet avis du 4 thermidor an XIII, voy. Val., *Cours de C. civ.*, p. 175 et 176.

IV. — *Des dix mois de viduité.*

Art. 228.

Quid de la défense faite aux veuves de se marier dans les dix mois de leur veuvage?

562. — La femme devenue veuve ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du premier (art. 228). Cette défense ne constitue encore qu'un empêchement prohibitif. La loi n'a point, en effet, prononcé la nullité des mariages célébrés, au mépris de sa prohibition, pendant les dix mois de viduité (voy. le n° 824); et, en matière de mariage, les nullités ne se suppléent point.

APPENDICE

Les empêchements, soit dirimants, soit simplement prohibitifs, que nous venons d'étudier, sont-ils les seuls?

563. — Nous avons trouvé, dans le Titre même *Du mariage,* cinq empêchements dirimants et quatre empêchements simplement prohibitifs. Cette énumération n'est pas complète. Ainsi :

1° Le mariage est prohibé entre certaines personnes, à raison de la parenté purement civile qu'une adoption a fait naître entre elles. Nous aurons plus tard, lorsque nous expliquerons l'article 348, à examiner si l'empêchement qui a pour fondement le lien qu'engendre l'adoption est *dirimant* ou simplement *prohibitif.*

2° et 3° Aux termes des articles 295 et 298, sur le divorce, le mariage était défendu :

a. Entre deux époux divorcés;

b. Entre l'époux coupable et son complice, lorsque le divorce avait été prononcé pour cause d'adultère.

La loi du 8 mai 1816 a aboli le divorce; mais, comme elle ne l'a aboli que pour l'avenir et en prenant soin de déclarer expressément que les divorces alors prononcés *conservent* tous leurs effets, les incapacités auxquelles ils ont donné naissance sous l'empire de l'ancienne loi subsistent encore aujourd'hui (1).

4° L'*impuissance* résultant, soit d'un vice de conformation apporté en naissant, soit d'un accident, par exemple, de la castration, ne constitue pas, *inter scientes,* un empêchement au mariage: la procréation des enfants n'étant pas le but essentiel du mariage, il n'est pas nécessaire, pour pouvoir se marier valablement, d'être capable d'engendrer (voy. les n°s 514 et 515). Toutefois, si l'un des conjoints a ignoré l'impuissance de l'autre, l'ignorance dans laquelle on l'a laissé à cet égard peut, suivant l'opinion générale, constituer *une erreur sur la personne* et motiver à ce titre une demande en nullité de mariage (art. 180. — Voy. le n° 676).

(1) MM. Demol., t. I, n° 125; Aubry et Rau, t. V, § 463, note 8. — *Contra*, Val., *sur Proud.*, t. I, p. 406.

Quid de l'engagement dans les ordres sacrés?

564. — 5° *L'engagement dans les ordres sacrés* formait autrefois, *dans l'ordre civil même,* un empêchement qui était tout à la fois *prohibitif* et *dirimant.*

Le droit intermédiaire, qui avait opéré la séparation entre l'Église et l'Etat, entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, qui avait proclamé le principe que « la loi ne considère le mariage que comme contrat *civil* » dut naturellement rejeter cet empêchement. Les prêtres furent donc, quant au mariage, assimilés aux autres citoyens. Leur qualité ne constitua contre eux ni un empêchement dirimant, ni même un empêchement prohibitif.

Le principe que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat *civil* » n'a jamais été abrogé ; aucune loi n'a d'ailleurs prononcé la nullité du mariage des prêtres. Aussi convient-on généralement que l'engagement dans les ordres sacrés n'est plus comme autrefois, dans l'ordre civil même, un empêchement *dirimant.* M. Portalis l'a formellement reconnu dans son discours au Corps législatif. La *puissance civile,* dit-il, étant seule en droit de veiller sur la validité du contrat civil de mariage, l'engagement dans les ordres sacrés, qui, dans l'ancienne jurisprudence, *était un empêchement dirimant;* ne l'est plus.

Ainsi, lorsque l'officier de l'état civil a, volontairement ou par erreur, prêté son ministère à la célébration du mariage d'un prêtre, ce mariage est valable, parce que la loi n'en prononce point la nullité et qu'elle ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer (1).

Mais l'engagement dans les ordres sacrés ne constitue-t-il pas au moins un empêchement *prohibitif?* L'officier de l'état civil *peut*-il, ne *doit*-il pas même, refuser de célébrer le mariage d'un prêtre qui, renonçant à son ministère, est rentré dans la vie civile ?

565. — *Affirmative.* — Il n'est point permis de renoncer au droit de se marier; tel est le principe. Mais une exception existe. L'homme que l'Église catholique investit du caractère de prêtre prend l'engagement solennel de vivre perpétuellement dans le célibat. C'est sur la foi de cette promesse solennelle qu'on l'investit de la fonction religieuse, dont les conditions sont réglées par la loi civile en même temps que par l'Église (art. 16 et suiv. de la loi du 18 germinal an x).

L'Etat lui-même la reconnaît, puisqu'il la salarie et y attache,

(1) La Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire par son arrêt du 26 février 1878. « Il résulte, dit-elle, des art. 6 et 26 de la loi organique du Concordat, de germinal an x, que les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui étaient alors reçus en France, et, par conséquent, à ceux qui prohibaient le mariage aux ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés et déclaraient nuls les mariages contractés au mépris de cette prohibition; le Code civil et les lois constitutionnelles ne renferment aucune dérogation à cette loi spéciale » (Sir., 78, 1, 241).

dans l'ordre civil, certaines prérogatives, comme l'affranchissement du service militaire.

L'ordination n'est donc pas un acte *purement religieux;* c'est aussi, jusqu'à un certain point, un acte *civil,* puisqu'elle a lieu sous l'autorité de la loi, qui, par son intervention, imprime à l'engagement religieux qui en résulte une force civile et obligatoire.

L'engagement pris par le prêtre, étant reconnu et approuvé par la loi, doit être respecté par elle. Dès lors, elle ne peut pas concourir, par ses agents, par ses magistrats, à la violation de l'engagement qu'elle a consacré. Il oblige donc tout le monde, aussi bien l'officier de l'état civil, qui n'est que le mandataire de la loi, que le prêtre qui l'a contracté.

La loi *prohibe* les vœux perpétuels des *religieux* (loi du 18 août 1792); elle *consacre,* au contraire, les vœux perpétuels du *prêtre.* Une différence existe donc entre les *religieux* et les *prêtres.* Or, quelle peut être cette différence, si ce n'est que les vœux du *religieux* sont nuls et de nul effet, c'est-à-dire exclusivement abandonnés à la conscience de celui qui les contracte, tandis que les vœux du *prêtre* sont *civilement obligatoires* (1)?

566. — *Négative.* — L'État doit une égale protection à tous les cultes; il contracte avec chacun d'eux une sorte d'alliance, toute d'ordre public. Lors donc qu'il intervient dans la nomination des ministres catholiques, protestants ou israélites, qu'il leur alloue des émoluments et leur accorde certaines prérogatives, c'est uniquement dans un but de protection et de surveillance. Il respecte, il reconnaît tous les dogmes, leur discipline et leurs différents rites, mais sans les adopter, sans les faire siens ni les imposer à personne : spirituellement, dogmatiquement, il reste neutre pour tous, et n'engage envers aucun d'eux sa souveraineté civile. Chaque religion peut donc avoir, dans sa sphère spirituelle, sa législation à elle sur le mariage, sur les empêchements dirimants ou prohibitifs, de même que l'Etat a la sienne dans l'ordre civil. Ces deux législations, distinctes et indépendantes, ont leurs règles propres: la législation de l'Eglise catholique n'admet point, dans sa sphère spirituelle, le mariage du prêtre; la législation civile de l'Etat, ne l'ayant point prohibé, l'admet par là même, car, dans l'ordre civil, tout ce qui n'est pas défendu est permis.

Mais, dit-on, le prêtre s'est engagé à rester perpétuellement célibataire; or, cet engagement est *civilement obligatoire,* puisqu'il a été pris sous l'autorité de l'Etat qui le reconnaît et l'approuve. C'est là qu'est l'erreur! L'ordination du prêtre n'est et ne peut être qu'un pur acte *religieux* (2); l'intervention de l'Etat,

(1) Dur., t. II, n[os] 34 et 201; Marc., t. I, p. 442 et suiv.; Dem., t. I, n[os] 225 et 225 *bis*, II; MM. Aubry et Rau, t. V, § 464 3° et 4°.

(2) « Un acte religieux ne serait pas vraiment religieux, il ne serait pas digne de Dieu, s'il n'était qu'un acte d'obéissance à des règlements de la puissance humaine » (M. Bouttevillc, dans son discours au Corps législatif).

haute mesure d'ordre et de gouvernement, n'en change pas la nature. Ce n'est pas envers lui, mais envers Dieu seulement, que le prêtre s'engage. Il ne contracte pas avec l'Etat, il ne prend pas un engagement envers lui : il fait simplement un *vœu,* qui l'oblige *spirituellement,* mais sans porter aucune atteinte à sa *liberté civile,* et notamment au droit de rentrer, quand il le voudra, dans la vie commune.

Or, dans l'ordre civil, les obligations purement *ecclésiastiques* et *spirituelles* n'ont aucune force obligatoire : car la loi elle-même proclame la liberté de religion et de conscience. La justice séculière ne reconnaît point des catholiques, des protestants et des juifs, et trois législations accommodées à chaque culte; elle ne reconnaît que des Français et une seule loi commune à tous. Les officiers de l'état civil n'ont donc pas le droit, lorsqu'une personne se présente à eux pour se marier, de s'enquérir de ses croyances religieuses ni des engagements *spirituels* qu'elle a pu contracter envers le culte auquel elle appartient. Cette inquisition serait la violation même de la liberté de conscience, si souvent et si solennellement proclamée dans notre droit public. Le prêtre qui demande à se marier renonce tacitement sans doute au caractère dont il est revêtu ; mais n'est-ce pas son droit ? Cette renonciation n'est rien autre chose que l'exercice de sa liberté civile, que l'Etat lui garantit. Dès ce moment, le fonctionnaire religieux a donné sa démission, le prêtre a disparu ; il ne reste plus qu'un citoyen ordinaire !

« Vous ne trouverez plus dans la loi nouvelle, disait M. Gillet aux membres du Tribunat, aucun de ces empêchements opposés par des barrières *purement spirituelles*. Non qu'elles ne puissent s'élever encore dans le domaine respecté des consciences; mais elles ont dû disparaître dans le domaine de la loi, dirigée par des vues d'un autre ordre. » M. Portalis, dans son rapport au gouvernement, n'est pas moins explicite : « La prêtrise, dit-il, n'est point un empêchement au mariage : une *opposition* au mariage fondée sur ce point ne serait pas reçue, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile » (1).

14e *Répétition.*

CHAPITRE II. — DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

Quelles formalités la loi prescrit-elle pour la validité du mariage ?
Quelle est l'utilité de

567. — Les formalités que nous avons à étudier ont pour objet : 1° *Les publications qui doivent précéder le mariage, et la publicité de sa célébration.* — Les *publications* qui doivent précéder la célé-

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 53; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 415; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 189; Demol., t. I, n° 131; Duc., Bonn. et Roust., t. I, nos 241-244.

bration du mariage ont principalement pour but d'avertir à temps les personnes qui ont connaissance de quelque empêchement, afin qu'elles en donnent avis à l'officier de l'état civil, soit officieusement, soit par une opposition en forme (1). chacune de ces formalités?

— *La publicité de la célébration même du mariage* est requise, afin de porter à la connaissance des tiers la nouvelle condition des parties qui le contractent, c'est-à-dire l'hypothèque qu'il confère à la femme sur les immeubles de son mari (art. 2121), l'incapacité où se trouve désormais la femme de contracter, par elle-même et sans aucune autorisation, des engagements valables (art. 217), et enfin l'incapacité où sont les deux conjoints de contracter un second mariage tant que celui-ci ne sera pas dissous (art. 147).

2° *Les pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.* — Cette formalité est requise afin que l'officier de l'état civil puisse s'assurer que toutes les conditions prescrites pour la régularité et la validité du mariage ont été remplies.

Le mariage est-il un contrat *consensuel* ou un contrat *solennel?*
Qu'est-ce qu'un contrat consensuel?
Un contrat solennel?

3° *La solennité du mariage.* — La loi distingue les contrats *solennels* des contrats *consensuels.* Les contrats *consensuels* se forment *solo consensu,* c'est-à-dire quelle que soit la forme que les parties choisissent pour manifester leur consentement : que leurs volontés se produisent par des écrits, ou qu'elles se produisent par des paroles ou même par de simples actions, dès qu'elles existent et qu'elles concourent, le contrat est formé. D'après le droit commun, les contrats sont *consensuels.* Par exception, quelques contrats sont *solennels,* c'est-à-dire qu'ils exigent, pour leur perfection, certaines formes qui, en prévenant toute surprise, donnent au consentement des parties un caractère de certitude qu'on ne trouve point dans les contrats purement consensuels. Le mariage, à raison même de son importance, est naturellement du nombre des contrats solennels. Nous verrons, en effet, qu'il n'est parfait, civilement obligatoire, qu'autant que le consentement des parties s'est produit selon la forme prescrite par la loi (2).

4° *La rédaction de l'acte destiné à perpétuer le souvenir du mariage.* — Le mariage est la source de la famille, la condition de la légitimité des enfants; il intéresse même les tiers, puisqu'il modifie souvent le crédit du mari, et dans tous les cas la capacité de la femme : dès lors il importe qu'un acte en soit dressé, pour servir de titre aux époux et de preuve à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à l'invoquer.

(1) « Les *bans de mariage,* dit Pothier (*Contrat de mariage,* n° 66), sont des dénonciations publiques du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauraient des empêchements audit mariage de les révéler. »

(2) Il y a également contrat solennel en cas d'*adoption* (art. 353) et en cas de *tutelle officieuse* (art. 363). Notez encore le *contrat de mariage* (art. 1394), la *constitution d'hypothèque* (art. 2127), la *donation entre vifs* (art. 931).

Section première. — Des publications du mariage projeté, et de la publicité de sa célébration.

§ I. *Des publications du mariage projeté, c'est-à-dire de la publicité qui précède le mariage.*

Art. 63 et 64.

568. — Les *publications* sont l'annonce publique du mariage que les parties ont le projet de contracter.

Qui requiert et qui fait les publications qui doivent précéder le mariage ?

569. — I. Qui les requiert et qui les fait. — Elles sont faites par l'officier de l'état civil, sur la réquisition des futurs époux et d'après les notes qu'ils lui remettent à cet effet. La réquisition n'est obligatoire pour l'officier de l'état civil qu'autant qu'elle est faite du consentement mutuel des futurs.

Comment, quel jour, et en quel nombre doivent-elles être faites ?

570. — II. Comment elles doivent être faites ; — du jour où elles doivent l'être ; — de leur nombre et de l'intervalle qui doit exister entre elles. — En principe, elles doivent être faites *verbalement*, c'est-à-dire au moyen d'une annonce proclamée à haute voix, un jour de dimanche, devant la porte de la mairie. Mais, dans la pratique, on s'est affranchi de l'annonce *verbale* : les publications ne consistent réellement que dans l'affiche écrite dont il va être parlé.

N'en doit-il pas être dressé acte?

L'officier de l'état civil qui fait les publications est tenu d'en dresser acte.

Que doit contenir cet acte ?

Cet acte énonce : 1° les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux ; — 2° leur qualité de majeurs ou de mineurs ; — 3° les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères ; — 4° les jours, lieux et heures où les publications ont été faites.

Cet acte ne doit-il pas être affiché ? Où doit-il l'être ?

Un extrait de cet acte est, et reste pendant un certain temps, affiché à la porte de la mairie. C'est dans cette affiche que consistent réellement les publications de mariage (voy. la *Form.* 70).

Ne faut-il pas qu'il soit inscrit sur un registre? Ce registre est-il tenu double, comme les autres registres de l'état civil ?

— L'acte de publication est inscrit sur un registre public, qui, à la différence des registres de l'état civil, est tenu *simple*, mais qui est comme eux coté et paraphé, conformément à l'article 41.

Quel intervalle la loi exige-t-elle entre les deux publications qui doivent être faites

571. — La loi exige, en principe, deux publications faites à « *huit jours d'intervalle*... » En réalité, l'intervalle n'est que de *six jours* : car, les publications ne pouvant avoir lieu qu'un jour de *dimanche*, c'est évidemment du dimanche au dimanche suivant qu'elles doivent être faites.

Remarquons également qu'en réalité la seconde publication n'a pas lieu. J'ai dit déjà que, dans la pratique, l'officier de l'état civil ne fait point d'annonce verbale : la publication consiste dans une affiche. Or, cette affiche n'est point renouvelée ; on se contente de la laisser subsister pendant tout le temps prescrit par la

loi, c'est-à-dire depuis le dimanche où elle a été faite jusqu'au dimanche suivant et, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (sous le n° 579), pendant les trois jours qui suivent le second dimanche. Il serait assurément utile que l'affiche fût au moins renouvelée, lorsque, avant l'expiration de ce délai, elle a été accidentellement détruite ou rendue illisible; mais la pratique n'est point si rigoriste : aucun renouvellement n'a lieu.

L'intervalle exigé, d'une part, entre la première et la seconde publication, et, d'autre part, entre la seconde publication et le jour où le mariage peut être célébré, a pour but de laisser aux parents des parties le temps d'user du droit d'opposition que la loi leur confère (voy. les n°s 611 et suiv.).

Dans quel but la lo exige-t-elle cet intervalle?

572. — Toutefois, « il est loisible au chef de l'Etat, ou *aux officiers qu'il a préposés à cet effet,* de dispenser, *pour des causes graves,* de la *seconde publication* » (voy. les Form. 42 et 71).

Art. 169.
La seconde publication est-elle toujours nécessaire?

Aux officiers qu'il a préposés à cet effet..., c'est-à-dire au procureur de la République près le tribunal du lieu où le mariage doit être célébré. La faculté de se faire dispenser de la seconde publication aurait été inutile, s'il eût été nécessaire, comme cela est exigé lorsqu'il s'agit d'obtenir des dispenses d'âge ou de parenté, de s'adresser au chef de l'État lui-même : car il aurait fallu plus de temps pour obtenir la dispense que pour faire des publications régulières.

Pour des causes graves... Lors, par exemple, que la grossesse de la future épouse exige qu'on accélère la célébration, afin d'éviter le scandale d'un accouchement avant le mariage, ou lorsqu'une maladie grave tient en danger de mort l'une ou l'autre des parties.

De la seconde publication... On ne peut donc, en aucun cas, être dispensé de la première (M. Portalis, dans son *Exposé des motifs*).

Peut-on être dispensé des deux publications?

573. — III. Des communes ou les publications doivent être faites. — Elles doivent l'être :

574. — 1° *Dans toutes les communes où le mariage peut être célébré,* c'est-à-dire partout où les parties ont *un domicile quant au mariage.* Cette règle n'est point textuellement écrite dans la loi ; mais elle résulte naturellement de son esprit. Or, nous verrons bientôt (sous les n°s 581 et suiv.) que le mariage peut être célébré, soit au domicile ordinaire de l'une ou de l'autre des parties, encore qu'elle n'y compte pas six mois au moins de résidence, soit dans la commune où l'une ou l'autre a au moins six mois de résidence, encore qu'elle n'y ait point son domicile réel.

Art. 166 à 168.
Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?
Quid, si chacune des parties a un domicile différent, et chacune aussi six mois de résidence dans deux communes différentes?

Ces deux domiciles, le domicile ordinaire et le domicile qui s'acquiert par six mois de résidence, sont le plus souvent réunis : car habituellement on réside là où l'on est domicilié. Dans ce cas, les publications doivent être faites dans la commune où les parties sont domiciliées, ou dans chacune de leurs communes, lorsqu'elles ont des domiciles différents. Dans l'hypothèse con-

traire, c'est-à-dire lorsque le domicile réel et le domicile spécial sont séparés, les publications doivent être faites dans les communes où les parties ont une résidence actuelle de six mois, et dans celles où elles ont leur domicile réel, ce qui peut porter à quatre le nombre des communes où les publications sont nécessaires. *Primus,* qui a son domicile réel à *Orléans,* et une résidence actuelle de six mois à *Paris,* veut épouser *Secunda,* qui a son domicile réel à *Rouen,* et six mois de résidence actuelle à *Versailles :* le mariage pouvant être célébré à *Orléans,* à *Paris,* à *Rouen* et à *Versailles,* les publications doivent être faites dans chacune de ces différentes localités. Cela résulte des articles 166 et 167 combinés. « Les publications, porte le premier, doivent être faites à la municipalité du domicile de *chacune* des parties. Néanmoins, ajoute le second, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications doivent être faites en outre à la municipalité *du dernier domicile...* », c'est-à-dire évidemment au domicile réel où les parties ont cessé de résider. C'est ainsi que l'entendait M. Tronchet : car, en permettant le mariage au domicile réel, quoique distinct de la résidence, il ajoute : « D'ailleurs, les publications seront faites et au lieu du domicile et au lieu de la résidence » (1).

575. — 2° *Dans toutes les communes où sont domiciliées les personnes sous la puissance desquelles les parties ou l'une d'elles se trouvent encore relativement au mariage.* — Les personnes sous la puissance desquelles les parties se trouvent encore relativement au mariage sont celles qui ont le droit d'empêcher le mariage en refusant leur consentement, c'est-à-dire les ascendants du futur, lorsqu'il a moins de vingt-cinq ans, ou de la future si elle a moins de vingt et un ans, ou le conseil de famille, lorsque les parties n'ont point d'ascendants et qu'elles sont mineures de vingt et un ans. Il importe que ces personnes soient averties du projet de mariage, afin qu'elles puissent, si elles le jugent à propos, user de leur droit d'opposition.

Ainsi, lorsque les parties n'ont point, le futur vingt-cinq ans, la future vingt et un ans, et que leur domicile est différent de celui de leurs ascendants, les publications doivent être faites non seulement dans les communes où les parties sont elles-mêmes domiciliées, mais encore dans celles où leurs ascendants ont leur domicile.

Ne peut-il pas se aire que les publicaons soient nécessai-

En conséquence, il est possible que les publications soient nécessaires *dans huit communes*. Chacune des parties peut, en effet,

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 386; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 29; Aubry et Rau, t. V, § 465, note 1; Demol., t. I, n° 203. — M. Valette n'admet plus que la personne qui se marie à son domicile réel, où elle n'habite pas depuis six mois, soit tenue de faire des publications dans la commune où elle a eu, pour la dernière fois, six mois d'habitation continue (*Explic. somm.*, p. 95; *Cours de Code civil*, t. I, p. 194).

avoir un domicile réel et une résidence actuelle de six mois en deux communes différentes, puis deux ascendants également domiciliés séparément, ce qui peut porter *à quatre*, pour chacune des parties, et, par conséquent, *à huit*, pour elles deux, les communes où les publications doivent être faites.

res dans huit communes ?

576. — Il arrivera rarement, au reste, que les parties ***mineures de vingt et un ans*** auront un domicile propre et distinct de celui de leurs ascendants : car, aux termes de l'article 108, le mineur a son domicile chez ses père et mère. Cependant le contraire peut arriver, et c'est alors que l'article 168 reçoit son application. Ainsi, il s'applique 1° au mineur émancipé qui s'est choisi un domicile particulier et distinct de celui de ses ascendants (voy. le n° 334); 2° au mineur non émancipé qui est placé sous la tutelle d'une personne autre que son père ou sa mère : dans ce cas, le mineur a le domicile de son tuteur (voy. le n° 334), mais le droit de consentir à son mariage appartient à son père ou à sa mère.

Dans quels cas les parties peuvent-elles avoir un domicile propre et distinct de celui de leurs ascendants?

577. — Lorsque l'enfant mineur n'a point d'ascendants, le droit de consentir à son mariage appartient, non pas isolément à chacun des parents appelés à composer son conseil de famille, mais au conseil de famille légalement formé. C'est donc dans la commune où le conseil a son domicile, c'est-à-dire là où il s'assemble, que les publications doivent être faites (1) ; mais, le conseil s'assemblant toujours au domicile même du mineur (art. 406), il est vrai de dire que notre article 168 est sans application dans ce cas (2).

Où les publications doivent-elles être faites, lorsque l'enfant mineur de vingt et un ans n'a point d'ascendants?

578. — Notre article ne régit pas le cas où les parties ont l'âge compétent pour se marier par elles-mêmes, c'est-à-dire sans le ***consentement*** de leurs ascendants (vingt-cinq ans pour le futur, vingt et un ans pour la future). Elles sont, il est vrai, tenues de demander, par des actes respectueux, le ***conseil*** de leurs ascendants; mais, comme elles ont droit de se marier, soit que leurs ascendants le veuillent, soit qu'ils ne le veuillent pas, on ne peut pas dire qu'elles sont, ***relativement au mariage, sous leur autorité et dépendance*** (3).

Le futur qui a vingt-cinq ans, la future qui en a vingt et un, sont-ils obligés de faire des publications dans les communes où leurs ascendants sont domiciliés?

579. — IV. Du délai avant lequel et du délai après lequel le mariage ne peut pas être célébré. — La loi a fixé 1° un délai *avant* lequel le mariage ne peut pas être célébré ; 2° un délai *après* lequel il ne peut plus l'être.

Art. 64 et 65.

Le mariage peut-il être célébré *immédiatement* après que les publications ont été faites? Quand peut-il l'être?

1° Le mariage ne peut pas être célébré avant le ***troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication***. Ainsi, le mariage dont la seconde publication a été faite le dimanche 1er fé-

(1) Dem., t. I, p. 295; Dur., t. II, n° 230; Bug., à son cours; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 377; M. Demol., t. I, n° 190.

(2) Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 168. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 422; Val., *Cours de C. civ.*, p. 531.

(3) Proud., t. I, p. 376; Delv., t. I, p. 133; Dem., t. I, p. 331; Val., *Cours de C. civ.*, p. 197; Bug., à son cours; M. Demol., t. I, n° 190; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 168.

vrier ne peut être célébré au plus tôt que le mercredi 4, c'est-à-dire le onzième jour à partir de la première publication.

— Les parties, qui peuvent se faire dispenser de la seconde publication, ne sont en aucun cas dispensées du délai que la loi prescrit entre la publication et le jour de la célébration. Donc, en cas de dispense, le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris la première et unique publication : il faut bien laisser aux oppositions le temps d'arriver.

Pendant combien de temps les publications qui ont été faites produisent-elles leur effet ?

2° Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, ***à compter de l'expiration du délai des publications***, il ne peut plus l'être qu'après que de nouvelles publications ont été faites dans les formes légales. Après le délai d'un an, les tiers ont oublié le projet de mariage ou dû le croire abandonné. Des empêchements d'ailleurs ont pu surgir, qui n'existaient pas au moment des publications.

L'année se compte ***à partir de l'expiration du délai des publications,*** c'est-à-dire du délai pendant lequel le mariage ne peut pas avoir lieu; il peut être célébré le mercredi qui suit la seconde ou l'unique publication (voy. ci-dessus) : ce jour est donc le premier de l'année pendant laquelle les publications conservent leur efficacité.

§ II. *De la publicité du mariage, c'est-à-dire de la publicité qui l'accompagne.*

Art. 165.

Comment doit être célébré le mariage? Quels sont les divers éléments prescrits pour sa publicité?

580. — Cette publicité se compose :

1° ***De l'intervention d'un officier public.*** — Le mariage doit nécessairement être contracté devant un officier de l'état civil, c'est-à-dire devant le maire ou l'adjoint du domicile de l'une des parties.

2° ***De la célébration du mariage dans la maison commune,*** c'est-à-dire ***à la mairie.*** — Ainsi, on ne se marie ni dans sa propre maison, ni dans celle de l'officier de l'état civil.

3° ***De l'admission du public à cette célébration.*** — Les portes de la mairie doivent donc, pendant qu'on célèbre le mariage, ***rester ouvertes,*** afin que le public puisse y avoir accès.

4° ***De la présence de quatre témoins,*** parents ou non parents, mais réunissant les qualités prescrites par l'article 37.

Art. 74 et 165.

N'existe-t-il point, quant au mariage, un domicile spécial ?

581. — 5° ***De la nécessité de se marier là où les parties sont réputées connues.*** — Elles sont réputées connues là où l'une d'elles a *son domicile*. Mais de quel *domicile* s'agit-il ici? Deux dispositions se réfèrent à cette question. En voici le texte :

Article 74. « Le mariage *sera* célébré dans la commune où l'un des époux a *son domicile*. Ce domicile, *quant au mariage,* s'établit par six mois d'habitation continue dans la même commune. »

A ne considérer que ce texte, il est évident que le mariage ne

peut être célébré que dans la commune où l'une des parties *a six mois de résidence.*

Article 165. « Le mariage *sera* célébré publiquement devant l'officier du domicile de l'une des parties. »

Considérée isolément, et abstraction faite de l'article 74, cette disposition signifierait évidemment qu'on peut *et qu'on doit* se marier dans la commune où l'on a son domicile ordinaire, *encore qu'on n'y ait pas six mois de résidence.*

Peut-on, à son choix, se marier soit dans la commune où l'on a son domicile spécial quant au mariage, soit dans la commune où l'on a son domicile ordinaire?

Faut-il dire, au contraire, que le mariage ne peut être célébré que là où l'on a le domicile spécial dont il vient d'être parlé?

En présence de ces deux dispositions, la pensée de la loi échappe. Le mariage ne peut-il être célébré que dans la commune où l'une des parties a *six mois de résidence?* Peut-il et doit-il l'être, au contraire, dans la commune où l'une des parties a son *domicile ordinaire,* bien qu'elle n'y ait pas une résidence de six mois? Ou bien, enfin, peut-il l'être dans l'une ou l'autre de ces communes, au choix des parties?

Plusieurs systèmes ont été présentés.

582. — PREMIER SYSTÈME. — L'article 165 vise l'article 74 et le rappelle. Il faut l'entendre ainsi : le mariage doit être célébré dans la commune où l'une des parties a *son domicile tel qu'il est déterminé par l'article* 74. — Dans ce système, le mariage doit être célébré dans la commune où l'une des parties *a six mois de résidence;* il ne peut pas l'être au domicile *ordinaire,* lorsque ce domicile n'est pas accompagné d'une *résidence de six mois* (1).

583. — SECOND SYSTÈME. — Une résidence de six mois dans une commune est toujours nécessaire pour y acquérir un *domicile matrimonial.* Cette condition une fois remplie *au domicile ordinaire,* on peut toujours s'y marier, quand même une résidence de six mois aurait fait acquérir ailleurs un domicile spécial quant au mariage. — Ainsi, on peut, à son choix, se marier soit dans la commune où l'on a actuellement une simple résidence de six mois, soit dans la commune du domicile ordinaire, *pourvu qu'on y ait eu, à une époque quelconque, une résidence de six mois* (2).

584. — TROISIÈME SYSTÈME. — L'article 165 ne vise point et ne rappelle point l'article 74 ; le *domicile* dont il y est question est le domicile *ordinaire.* Il faut donc, pour connaître la véritable pensée de la loi, non pas exclure l'un des deux articles par l'autre, mais les rapprocher et les maintenir cumulativement. L'un

(1) Delv., p. 55; Dur., t. II, nos 220 à 224; Marc., sur l'art. 74 ; M. Laurent, t. II, nos 412 et suivants. — Marcadé pense que le domicile matrimonial acquis par six mois de résidence ne se perd que par l'acquisition d'un nouveau domicile par six mois de résidence dans une autre commune, en sorte qu'on peut se marier dans la commune où l'on a eu, *à une époque quelconque,* une résidence de six mois, tant qu'on n'a pas acquis ailleurs une nouvelle résidence de six mois. Duranton et Demante soutiennent, au contraire, que le domicile qui n'est acquis que par six mois de résidence dans une commune où l'on n'a pas son domicile ordinaire se perd, *ipso facto,* par le seul fait de la cessation de la résidence.

(2) Dem., t. I, n° 228 *bis,* I.

introduit, quant au mariage et afin de le faciliter, un *domicile de faveur;* l'autre applique au mariage le droit commun, suivant lequel il est permis de faire à son domicile tous les actes qui nous intéressent. — Dans ce système, les parties peuvent, à leur choix, se marier soit dans la commune où l'une d'elles a six mois de résidence, *encore qu'elle n'y ait point son domicile ordinaire* (art. 74), soit dans la commune où l'une d'elles a son domicile ordinaire, *bien qu'elle n'y ait jamais eu résidence de six mois* (art. 165) (1).

Ce système est celui qui semble l'emporter aujourd'hui. La loi, dit-on, veut faciliter le mariage : c'est dans ce but qu'elle permet de le célébrer là où l'une des parties se trouve avoir six mois de résidence; or, s'il n'était possible que dans cette commune, s'il était défendu de le célébrer là où l'on a son domicile ordinaire, au lieu de le faciliter, l'article 74 y ferait obstacle, il aurait même pour résultat de le rendre temporairement impossible. Deux personnes, qui étaient domiciliées à Versailles *depuis moins de six mois,* ont transporté leur domicile à Saint-Germain, où elle résident depuis un mois seulement : elles ne pourraient se marier ni à Versailles, puisqu'elles n'y ont plus leur résidence, ni à Saint-Germain, puisque la résidence qu'elles y ont n'est que d'un mois. L'impossibilité se conçoit mieux encore si l'on suppose un projet de mariage entre deux personnes qui ont depuis longtemps quitté leur domicile (où elles n'avaient point six mois de résidence), et ne se sont nulle part arrêtées pendant six mois. Or, ces entraves au mariage sont trop contraires à l'esprit du Code pour être admises!

L'article 167, rapproché de l'article 165, montre d'ailleurs invinciblement que la faculté de célébrer son mariage dans le lieu où l'on a six mois de résidence n'est pas exclusive du droit de le célébrer dans le lieu où l'on a son domicile ordinaire. « Le mariage, porte l'article 165, sera célébré devant l'officier du domicile de l'une des parties. » « NÉANMOINS, ajoute l'article 167, *si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence,* les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. » Le mot *néanmoins* indique évidemment que l'obligation de faire des publications au dernier domicile *n'existe pas dans tous les cas ;* or, si le mariage n'était possible que là où l'une des parties a six mois de résidence, cette obligation existerait *toujours.* Il faut donc, pour trouver un sens au mot *néanmoins* de l'article 167, admettre que le mariage peut être célébré dans un lieu où l'on n'a pas six mois de résidence, c'est-à-dire au domicile ordinaire (2).

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 383; *Explic. somm.*, p. 91 et 92; *Cours de Code civil,* t. I, p. 192 et suiv.; — Bug., à son cours; — Aubry et Rau, t. V, § 466, note 1;— Demol., t. I, nº 200; — Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 165.

(2) Le premier système, il faut bien le reconnaître, a pour lui les textes. L'art. 74 est *impératif :* le mariage, y est-il dit, *sera* (c'est-à-dire *devra être*)

585. — Une dernière question nous reste à examiner : la compétence de l'officier du domicile de l'une des parties est-elle *territoriale* ou *personnelle ?* Une personne qui est domiciliée à Versailles est retenue par une maladie grave à Paris, où elle n'a pas six mois de résidence : le maire de Versailles peut-il se transporter à Paris avec ses registres et y célébrer le mariage ? L'affirmative est soutenue. La compétence des officiers de l'état civil n'est point, comme celle des notaires, limitée par la loi à un territoire déterminé (art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI) : aucun texte ne l'a circonscrite dans des limites *territoriales :* elle est donc *personnelle !* Tout ce que la loi veut, c'est que le mariage soit célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties.

La compétence de l'officier de l'état civil est-elle *territoriale* ou *personnelle ?*

Cette différence entre la compétence *territoriale* des notaires et la compétence *personnelle* des officiers de l'état civil a d'ailleurs sa raison d'être. Les parties ne sont pas obligées de contracter chez le notaire de leur domicile : elles peuvent, partout où elles se trouvent, contracter valablement devant le notaire du lieu. Il n'en est pas de même en matière de mariage : les parties ne peuvent, en effet, se marier que devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une d'elles. Il importe donc qu'il puisse se transporter dans la commune où elles sont accidentellement retenues. Autrement, les mariages *in extremis,* que la loi permet (voy. le nº 515), seraient souvent impossibles (1) !

586. — Dans une autre opinion, la compétence de l'officier de l'état civil est *purement territoriale.* Nul, en effet, ne peut se marier ailleurs que dans la commune où l'une des parties a son domicile, et devant l'officier de l'état civil de cette commune : l'article 74 est formel sur ce point. Cette rigueur de la loi sera, sans doute, fort regrettable dans certaines hypothèses : il y a là peut-être une lacune à déplorer ; mais l'imperfection de la loi n'autorise point à la violer (2).

célébré dans la commune où l'une des parties a *son domicile.* Ce *domicile,* l'art. 74 le détermine lui-même : il existe là où l'une des parties a six mois de résidence, et nulle part ailleurs. Certes, si l'art. 165 n'existait point, personne n'entendrait autrement la disposition de l'art. 74 !

L'art. 165 est tout aussi *impératif* que l'art. 74 : le mariage, y est-il dit, *sera* (c'est-à-dire *devra être*) célébré là où l'une des parties a *son domicile.* Si ce domicile n'est pas le même que celui dont il est parlé dans l'art. 74, si c'est le domicile ordinaire, l'art. 165 signifie forcément que le mariage ne peut être célébré que là où l'on a son domicile proprement dit. On arrive ainsi à l'abrogation implicite de l'art. 74 ! Or, cette conséquence est inadmissible, tout le monde le reconnaît. Donc, le domicile de l'art. 165 est le même que celui de l'art. 74 !

Le mot *néanmoins* de l'art. 167 s'explique naturellement, même dans ce système. Voici en quel sens on peut l'entendre : le mariage *doit* être célébré là où l'une des parties a six mois de résidence ; toutefois, si ce domicile spécial est distinct du domicile ordinaire, les publications doivent, en outre, être faites à ce dernier domicile.

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 467, notes 19 et 20 ; Val., à son cours.

(2) Dem., t. I, p. 337 ; Dur., t. II, nºs 340-343 ; MM. Demol., t. I, nº 207 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 165 ; Laurent, t. II, nº 482.

Si on admet qu'elle est territoriale, le mariage célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, mais hors de sa commune, ou même hors de la maison commune, sera *irrégulier* : sera-t-il *nul* ?

Ainsi, dans ce système, la célébration d'un mariage par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, mais hors de sa commune, est *irrégulière*. Faut-il en conclure que le mariage est *nul* ? Voy. le n° 656.

587. — Ce que j'ai dit du mariage célébré par un officier civil *hors de la commune,* je le dis également, et par les mêmes raisons, du mariage qu'il a célébré *hors de la maison commune,* c'est-à-dire dans une maison particulière : car, de même qu'aux termes de l'article 74, le mariage doit régulièrement être célébré dans la commune où l'une des parties a son domicile, de même, aux termes de l'article 75, c'est dans la maison commune que régulièrement il doit être célébré. La célébration hors de la *maison commune* est donc tout aussi irrégulière que la célébration hors de la *commune.* Est-elle *nulle ?* Voy. le n° 656.

Section II. — Des pièces qui doivent être remises a l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.

Art. 70 à 73.

Quelles pièces l'officier de l'état civil doit-il se faire remettre avant de célébrer le mariage ?

Par quel acte peut-on remplacer l'acte de naissance lorsqu'il est impossible de se le procurer?

588. — L'officier de l'état civil doit, avant de célébrer le mariage, se faire remettre :

1° *L'acte de naissance de chacun des futurs époux.* — En cas d'impossibilité, l'acte de naissance peut être remplacé par un *acte de notoriété,* délivré par le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile du futur époux, et homologué par le tribunal de première instance. Cet acte de notoriété doit contenir :

D'une part, la déclaration, faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe (1), parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus ;

D'autre part, le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte.

Les témoins signent l'acte de notoriété avec le juge de paix, et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en est fait mention (voy. la *Form.* 72).

Il est ensuite présenté au tribunal de première instance du lieu où le mariage doit être célébré. Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, donne ou refuse son homologation, suivant qu'il trouve ou non suffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

Comment les parties justifient-elles du consentement de leurs ascendants ?

Quid, si elles sont majeures quant au mariage ?

2° *Un acte authentique du consentement des ascendants ou des parents, lorsqu'ils n'assistent pas en personne à la célébration* (voy. le n° 551). — Lorsque les futurs époux ont atteint l'âge compétent pour se marier sans le consentement de leurs ascendants ou de

(1) Voilà donc un cas où une femme peut figurer comme témoin dans un acte. Comp. l'art. 37.

leurs parents, l'acte de *consentement* est remplacé par les procès-verbaux des *actes respectueux*. — Si les ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les futurs doivent apporter la preuve de l'un ou de l'autre de ces deux faits (voy. les nos 540, 541, 547 et 559) : cette preuve supplée l'acte de consentement ou les actes respectueux.

Quid, si leurs ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur consentement?

3° *Une expédition authentique des dispenses d'âge ou de parenté, s'il en a été accordé.*

Quelles autres pièces faut-il présenter?

4° Lorsque l'un des futurs a déjà été marié, *l'acte de décès de son premier conjoint.*

5° *Les certificats délivrés par les officiers publics des différentes communes où le projet de mariage a dû être publié, constatant, d'une part, que les publications ont été faites, d'autre part, qu'il n'y a point d'oppositions* (voy. la *Form.* 73).

6° *Les mainlevées des oppositions qui ont été formées* (voy. l'explic. de l'art. 177).

7° *Un certificat délivré par le notaire devant lequel les futurs époux ont fait leur contrat de mariage.* — Ce certificat contient les nom et lieu de résidence du notaire, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat (voy., sous le n° 592, l'utilité de ce certificat; voy. aussi la *Form.* 75).

8° *Un certificat constatant que le futur a satisfait à la loi du recrutement* (voy. la *Form.* 74). — Ce certificat n'est plus nécessaire quand le futur époux a 30 ans accomplis (1).

SECTION III ET SECTION IV. — DE LA SOLENNITÉ DU MARIAGE ET DE L'ACTE QUI DOIT EN ÊTRE DRESSÉ.

589. — Le mariage est célébré, au jour indiqué par les parties, dans la maison commune, publiquement, c'est-à-dire les portes étant ouvertes.

Art. 75 et 76.

Dans quelle maison le mariage doit-il être célébré ?

Peut-il l'être, les portes étant fermées?

Trois classes de personnes concourent à la célébration, savoir : 1° l'officier de l'état civil ; 2° les témoins, au nombre de quatre, parents ou non parents, mâles et majeurs de vingt et un ans ; 3° les parties. Il est généralement admis que les parties doivent se présenter en personne : on ne se marie point par procuration (voy. le n° 246).

Combien de personnes concourent à sa célébration?

L'officier de l'état civil donne aux parties, en présence des témoins, lecture : 1° des pièces ci-dessus mentionnées ; 2° du chapitre VI du Titre *Du mariage*, où la loi règle LES DROITS ET LES DE-

Que doit faire l'officier de l'état civil lorsque les parties sont en sa présence?

(1) Argument de la disposition suivante : « Nul ne sera admis, avant l'âge de 30 ans accomplis, à un emploi civil ou militaire, s'il ne justifie qu'il a satisfait aux obligations imposées par la présente loi » (art. 48 de la loi du 21 mars 1832, et art. 72 de la loi du 27 juillet 1872 *sur le recrutement de l'armée*).

VOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX. Après quoi il les interroge, demandant au futur s'il consent à prendre pour femme celle qui est présente et qu'il désigne par ses nom et prénoms; à la future, si elle consent à prendre pour mari l'homme qui est à ses côtés et dont il indique également les nom et prénoms. Chacune des parties répond séparément à la question qui lui est faite.

Sur leur déclaration affirmative, l'officier de l'état civil prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il dresse acte sur-le-champ.

Pourquoi la loi exige-t-elle cette intervention de l'officier de l'état civil?

L'intervention d'un officier public dans la formation du contrat de mariage a été exigée pour deux raisons : 1° le mariage intéresse la société tout entière : il importe donc qu'elle y soit représentée par un mandataire; 2° la nécessité de se présenter devant un officier public pour contracter en sa présence fait d'ailleurs comprendre aux parties l'importance du contrat qu'elles vont faire.

Pouquoi exige-t-elle que le mariage soit célébré dans la maison commune et en présence de quatre témoins?

L'obligation de célébrer le mariage dans la maison commune, et en présence de quatre témoins, est un élément de publicité. La présence des témoins a un autre avantage, elle est une garantie de l'observation régulière des formalités prescrites par la loi. Enfin, elle protège la liberté des parties.

Dans quel but exige-t-elle la lecture des pièces dont il vient d'être parlé?

La lecture des pièces relatives à l'état des futurs et exigées pour le mariage met les parties, les témoins et le public, à même de vérifier l'individualité des personnes et l'accomplissement des conditions prescrites pour la validité et la régulartié du mariage. Elle peut, en outre, apprendre à l'une ou à l'autre des parties telle ou telle circonstance qu'elle ignorait, et la porter peut-être à refuser son consentement.

Dans quel but la lecture du chap. VI du Titre *Du Mariage?*

La lecture du chapitre VI du Titre *Du mariage* explique aux parties la nature et les effets principaux du contrat qu'elles vont faire: en les éclairant sur les droits qu'elles vont acquérir, sur les devoirs qu'elles auront à remplir, elle les met à même de ne s'engager qu'en parfaite connaissance de cause.

Dans quel but les interrogations que l'officier doit faire aux parties?

Les interrogations qui leur sont faites par l'officier de l'état civil, qui leur demande si elles consentent à se prendre mutuellement pour époux, éveillent leur attention, et donnent à leur consentement un caractère d'évidence et de liberté qui écarte tout soupçon de fraude ou de surprise.

Dans quel but enfin un acte de célébration?

L'acte de célébration sert à prouver le mariage.

A partir de quel moment peut-on dire que le mariage est formé?

590. — Il importe de fixer avec précision le moment à partir duquel le mariage est formé.

Il est évident qu'il ne l'est pas tant que les parties n'ont point, sur les interrogations qui leur ont été faites, déclaré leur intention de se prendre pour mari et femme.

Cette double déclaration ne suffit même pas pour le former; il faut de plus que l'officier de l'état civil prononce, au nom de la loi, que les parties sont unies par le lien du mariage. Mais, après ce prononcé, le mariage existe. Il existe dès ce moment : car l'acte

de célébration qui doit être immédiatement rédigé n'est pas un élément essentiel et constitutif du contrat de mariage, mais seulement un moyen de preuve (1).

Concluons-en que le mariage est et reste valable : 1° lorsque l'une des parties, après le prononcé du mariage et avant la rédaction de l'acte de célébration, meurt subitement; 2° lorsque l'une d'elles ou toutes les deux refusent de le signer. L'officier de l'état civil mentionne alors, dans l'acte de célébration qu'il dresse, la cause de l'absence de la signature de l'une ou de l'autre des parties.

Que doit contenir l'acte de célébration?

591. — L'acte de célébration doit contenir : 1° les prénoms, noms, professions, âges, lieux de naissance et domiciles des époux; — 2° la déclaration qu'ils sont majeurs ou mineurs; — 3° les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères; — 4° le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis (voy., à ce sujet, l'art. 156); — 5° les actes respectueux, s'il en a été fait; — 6° les publications dans les divers domiciles; — 7° les oppositions, s'il y en a eu, leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a pas eu d'opposition; — 8° la déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public; — 9° les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins, et leurs déclarations, s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré.

La loi du 10 juillet 1850 n'exige-t-elle point une dixième énonciation?

Quelle est l'utilité de cette énonciation?

592. —. La loi du 10 juillet 1850 exige une dixième énonciation. Elle veut que l'acte de célébration contienne la date du CONTRAT DE MARIAGE, ainsi que les nom et résidence du notaire qui l'a reçu, ou la mention que les époux se sont mariés sans contrat.

CE CONTRAT DE MARIAGE, qui ne doit pas être confondu avec le MARIAGE, se fait devant un notaire et avant la célébration. Il a pour objet le règlement des intérêts *pécuniaires* des futurs époux : il importe donc qu'il soit porté à la connaissance des tiers qui, après la célébration du mariage, se mettront en relation d'affaires avec eux. De là l'énonciation de ce contrat dans l'acte même de célébration. L'officier de l'état civil doit, à cet effet, interpeller les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un *contrat de mariage,* et, en cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et résidence du notaire qui l'a reçu. S'il manque à ce devoir, ou si, ayant interpellé les parties, il ne fait point, dans l'acte de célébration, mention de la déclaration qui lui a été faite, il encourt une amende dont le maximum est de 100 francs. Si la déclaration a été omise ou si elle est erronée, la rectification de l'acte de célébration, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, peut être demandée par le procureur de la République, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99.

(1) Dem. t. I, p. 336; Bug., Val.; MM. Demol., t. I, n° 213; Laurent t. II, n° 428.

(Je reviendrai sur cette loi, en expliquant les art. 1391 et 1394.)

Les solennités de la célébration sont-elles exigées *à peine* de la nullité du mariage?

593. — Toutes les solennités de la célébration du mariage ne sont point essentielles au même degré. La plupart d'entre elles ne sont point exigées à peine de nullité : leur absence ne constitue donc que des *irrégularités*. La seule solennité qui soit un élément constitutif, une condition de validité du mariage, consiste dans l'intervention de l'officier public, qui reçoit le consentement des parties et les déclare, au nom de la loi, unies par le lien du mariage.

Des mariages contractés à l'étranger, soit entre Français, soit entre Français et étrangers (1).

Art. 170.

A quelles conditions est soumis le mariage contracté par un Français à l'étranger?
Dans quelles formes un Français peut-il se marier à l'étranger?

594. — La faculté de se marier appartient trop essentiellement au droit naturel pour être circonscrite par le territoire. Les Français peuvent donc se marier à l'étranger tout aussi valablement qu'en France. Quant aux conditions et formalités prescrites pour la parfaite régularité de leur mariage hors du territoire français, elles sont au nombre de quatre.

595. — I. Condition de formes. — Il faut ici faire une distinction :

Un Français épouse-t-il à l'étranger une femme *française :* le mariage peut être valablement célébré, *au choix des parties,* soit devant les consuls ou les agents diplomatiques français, et selon les formes françaises, soit, par application du principe *locus regit actum,* devant l'officier public et selon les formes du pays où le mariage a lieu.

Epouse-t-il une femme *étrangère :* la règle *locus regit actum* est alors seule applicable : le mariage ne peut être célébré que devant l'officier du pays où il a lieu, et dans les formes usitées dans ledit pays.

Ainsi, lorsque les futurs époux sont *l'un et l'autre Français,* l'officier étranger et l'agent français sont *l'un et l'autre* compétents; que si l'un des futurs époux seulement est Français, l'officier étranger est seul compétent (voy. ci-dessus, les n°s 81, 82 et 272).

596. — II. Condition des publications en France. — Les Français qui se marient à l'étranger doivent, préalablement à leur mariage, faire en France toutes les publications qu'ils seraient obligés d'y faire s'ils s'y mariaient. On a voulu, par cette formalité, prévenir la trop grande facilité qu'auraient eue les Français d'aller

(1) Quant au mariage contracté par des *militaires français,* voy. les n°s 307 et suiv. Voy. aussi M. Pézeril, *Revue pratique,* t. XXVIII, p. 260 et suiv.

se marier à l'étranger pour s'affranchir de l'obligation de rendre public leur projet de mariage. (Quant à la sanction, voy., ci-dessous, les nos 600 et suiv.).

597. — III. Condition de capacité. — La loi française règle et régit la capacité des Français partout où ils se trouvent, à l'étranger comme en France. De là l'obligation pour eux, lorsqu'ils se marient à l'étranger, de ne point contrevenir aux dispositions que notre Code a prescrites, relativement « *aux qualités et conditions requises* pour pouvoir se marier. » *La forme* de leur contrat peut être réglée par les lois du pays où ils se marient; mais tout ce qui touche à la substance même du mariage, c'est-à-dire aux qualités et conditions requises pour pouvoir le contracter, appartient à la loi française. Ainsi, par exemple, il n'est point permis aux Français de se marier à l'étranger avant dix-huit ou quinze ans révolus (art. 144), alors même qu'ils se trouvent dans un pays où le mariage peut avoir lieu avant cet âge; ni d'avoir deux femmes, quoiqu'ils se marient dans un pays où la polygamie est permise (art. 147). Et remarquez qu'ils doivent réunir, non seulement les *qualités* et *conditions* dont l'inobservation est, en France, sanctionnée par la *nullité du mariage,* telles que l'âge requis par l'article 144, l'absence ou la dissolution d'un premier mariage, l'absence de tout lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé, le consentement des ascendants, quand il est nécessaire; mais encore les conditions dont l'inobservation ne constitue qu'un *simple empêchement prohibitif.* C'est ainsi, par exemple, qu'ils doivent, alors même qu'ils se marient dans un pays où cet usage n'est pas obligatoire, demander, par des actes respectueux, le *conseil* de leurs ascendants, dans les cas où la loi française l'exige (voy. les nos 78, 81, 82 et 272).

Quelle loi faut-suivre quant aux conditions de *capacité ?*

598. — Ce n'est, du reste, qu'aux *Français* qu'est imposée l'obligation de ne point contrevenir aux dispositions de notre Code, touchant les qualités et conditions requises pour pouvoir se marier; la capacité des étrangers auxquels ils s'unissent est réglée par la loi qui leur est propre. Un Français peut donc, pourvu qu'il ait dix-huit ans, épouser une femme qui en a moins de quinze, si la loi du pays de la future permet le mariage avant cet âge.

Quid, quant à la capacité du futur qui est étranger?

599. — IV. Condition de transcription. — Le Français qui s'est marié à l'étranger doit, *dans les trois mois de son retour en France,* faire transcrire l'acte de célébration de son mariage sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.

Art. 171

Que doit faire, à son retour en France, le Français qui s'est marié à l'étranger?

Cette transcription est-elle toujours nécessaire?

Cette transcription n'est pas nécessaire :

1° Lorsque le Français s'est marié à l'étranger devant nos agents diplomatiques, et selon les formes françaises (art. 171 rapproché de l'art. 170). Elle serait, en effet, superflue dans ce cas, puisque les agents diplomatiques sont tenus d'envoyer en France, à la fin de chaque année, l'un des doubles registres sur

lesquels sont inscrits les actes de l'état civil qu'ils ont reçus (1).

2° Lorsqu'une *femme* française s'est mariée à l'étranger avec un étranger. Notre article 171 ne lui est pas applicable : car, par le fait de son mariage, elle a cessé d'être Française (art. 19).

Le délai accordé pour la faire est-il fatal?

— Le délai de trois mois, accordé pour faire la transcription, n'est point un délai fatal : elle peut donc avoir lieu à quelque époque que ce soit. Toutefois, après les trois mois, elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une permission délivrée par le tribunal (2).

— Deux questions fort importantes nous restent à étudier.

Art. 170.

Le mariage qu'un Français a contracté à l'étranger est-il nul lorsqu'il n'a pas été, ainsi que l'exige l'art. 170, précédé de publications faites en France?

600. — Première question. — Les Français peuvent se marier à l'étranger, mais sous la condition de faire en France les publications prescrites par notre Code. Quelle est la sanction de cette condition? Les époux qui ne l'ont pas remplie sont passibles de la peine établie par l'article 192, c'est-à-dire d'une amende proportionnée à leur fortune. Mais est-ce tout? Le mariage qui a été célébré à l'étranger, sans les publications prescrites par l'article 170, est-il frappé de nullité? Est-il, au contraire, valable nonobstant l'inobservation de cette formalité? Là-dessus, trois systèmes.

601. — Premier système. — *Le mariage est nul, nul par cela seul que les publications prescrites par l'article* 170 *n'ont pas eu lieu. Les juges n'ont pas le droit de le déclarer valable, sous prétexte que le mariage, à raison des circonstances qui l'ont précédé ou suivi, a reçu en France une publicité suffisante.* — Que dit, en effet, l'article 170? Sa disposition est formelle : « Le mariage... *sera valable, pourvu qu'il* ait été précédé des publications prescrites par l'article 63. » Or, dire qu'un acte sera *valable, pourvu qu'il* soit précédé de telle ou telle formalité, n'est-ce pas dire, de la manière la plus claire, que cet acte *ne sera pas valable,* c'est-à-dire qu'il *sera nul,* si la formalité prescrite *pour sa validité* n'a pas été observée? (Arg. d'anal. tiré des art. 457, 686, 948, 970, 1325, 1338, 1390, 2129).

Lorsque le mariage est célébré en France, le défaut des publications qui doivent le précéder n'entraîne pas *nécessairement* la nullité du mariage (voy. le n° 560). Mais à quoi cela tient-il? A deux raisons, qui ne se rencontrent point dans notre espèce :

1° Lorsque le mariage est célébré en France, la publicité qu'exige la loi pour sa validité est susceptible de plus ou de moins : des éléments de diverse nature *concourent* à la former, les publications qui le précèdent, sa célébration devant l'officier du domicile de l'une des parties, l'admission du public à sa célébration... Le mariage peut donc, même en l'absence de l'un de ces éléments de publicité, être public, c'est-à-dire *exempt de clandestinité.* De là le pouvoir discrétionnaire accordé aux juges. De là le principe qu'il ne faut pas confondre le défaut de *publications* avec le défaut de *publicité*... Le premier n'est sanctionné que par des amendes

(1) Comp. M. Demol., t. I, n° 227, et M. Laurent, t. III, n° 34.
(2) Comp. Dem., t. I, n° 243 *bis,* II.

contre l'officier public et les parties (art. 192 et 193); le second seul entraîne la nullité du mariage (art. 191).

Il n'en est plus de même lorsque le mariage est célébré à l'étranger. L'unique moyen qu'on ait de le faire connaître en France consiste tout entier dans les publications qui doivent précéder sa célébration : elles sont à elles seules tout l'élément de publicité qu'il peut recevoir. Donc, lorsqu'elles manquent, le mariage n'est point public en France; donc il est nul, aux termes mêmes de l'article 191.

2° Le défaut de publications, quand le mariage est célébré en France, rend l'officier public passible d'une amende; cette sanction suffira, en général, pour assurer l'observation de la loi. Or, cette garantie n'existe pas pour le mariage contracté hors de France : car la peine prononcée par la loi française ne peut pas atteindre l'officier public étranger qui l'a célébré. Il a bien fallu alors assurer par une autre sanction, c'est-à-dire par la nullité même du mariage, l'accomplissement de la formalité des publications (1).

602. — Second système. ***Le mariage célébré à l'étranger, quoique non précédé des publications prescrites par l'article* 170*, est valable dans tous les cas. Les juges n'ont pas le droit de le déclarer nul sous prétexte du défaut des publications prescrites.*** — En matière de mariage, les nullités ne se suppléent point. Il ne suffit pas, pour que ce contrat soit entaché de nullité, qu'il ait été célébré en violation de telle ou telle disposition; il faut encore que la loi ait ***expressément*** attaché à cette prohibition, qui a été violée, la peine de nullité. C'est ainsi, par exemple, que le mariage célébré soit avant l'expiration des trois jours qui suivent la seconde publication, soit après l'année qui suit l'expiration de ce délai, soit enfin dans les dix mois du veuvage de la femme (voy. les n°s 560 et 562), est valable, bien qu'il soit formellement dit, dans les articles 64, 65 et 228, *qu'il ne peut pas être célébré* aux époques ci-dessus rapportées. Si ce mariage ne peut pas, quoique fait en violation d'une prohibition de la loi, être annulé, n'est-ce pas uniquement parce que la loi n'en a point expressément prononcé la nullité? Or, aucun texte de nos lois n'a attaché la peine de la nullité au défaut des publications prescrites par notre article 170! Cet article dit bien, il est vrai, que le mariage sera valable *pourvu qu*'il ait été précédé des publications; mais il ne dit point ce qui aura lieu si cette condition n'a pas été remplie : *il ne prononce point la nullité!* Ce n'est que par un argument *a contrario* qu'on pourrait l'induire. Or, quant au mariage, les arguments de cette nature ne sont pas admis : il n'y a et il ne peut y avoir de nullités que celles qui sont expressément écrites dans le chapitre IV (2). Enfin,

(1) Delv., t. I, p. 68; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 28; Marc., sur l'art. 170.

(2) On peut répondre que la nullité soutenue dans le premier système est précisément écrite dans ce chapitre, dans l'art. 119. Et, en effet, le mariage

je le répète, les mots *ne pourra être célébré,* des articles 64, 65 et 228, sont tout aussi énergiques que le *pourvu que* de l'article 170, et cependant personne ne s'est avisé de soutenir que le mariage célébré en violation de ces articles fût entaché de nullité (1).

603. — Troisième système. — *La question de savoir si le défaut des publications prescrites par l'article* 170 *doit ou non entraîner la nullité du mariage célébré à l'étranger, est abandonnée à la sagesse des magistrats, qui la décident souverainement, eu égard aux circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi la célébration du mariage.* — Le mariage qui a été célébré à l'étranger, sans publications en France, n'est point nécessairement valable, puisque la condition de sa validité n'a pas été accomplie ; il n'est point nécessairement nul, puisque la loi n'en prononce point la nullité. Or, s'il n'est ni valable ni nul nécessairement, qu'est-il donc ? Entre ces deux extrêmes, il n'existe et ne peut exister que l'*annulabilité* du mariage, suivant les circonstances, ce qui emporte pour le juge un pouvoir discrétionnaire et souverain (2).

604. — Ainsi le premier système prononce *toujours* la nullité ; le second ne la prononce *jamais ;* le troisième *tantôt* l'admet et *tantôt* la rejette, suivant la gravité des circonstances.

L'art. 171 a-t-il une sanction ?
Plus spécialement la femme qui s'est mariée à l'étranger avec un Français est-elle déchue, lorsqu'elle n'a pas rempli la formalité prescrite par cet article, des prérogatives que la loi attache à la qualité de femme mariée ?

605. — Deuxième question. — Dans les trois mois de son retour en France, le Français qui s'est marié à l'étranger doit faire transcrire l'acte de célébration de son mariage sur les registres de l'état civil du lieu de son domicile. *Quelle est la sanction de cette obligation ?* L'article 171 n'en contient expressément aucune. Est-ce la *nullité* du mariage ? est-ce simplement une *amende* ou toute autre peine ?

Ce n'est pas la *nullité,* puisqu'aucun texte ne la prononce. Ce n'est pas non plus une *amende :* car l'amende est une *peine* dont sont seuls passibles ceux contre lesquels la loi l'établit expressément, et nulle loi ne la prononce contre le Français qui n'a pas satisfait au prescrit de l'article 171.

S'agit-il donc d'une obligation laissée au caprice de celui à qui la loi l'impose, d'une obligation *sans sanction ?* Quelques auteurs l'ont pensé. Pour eux, l'article 171 ne contient qu'une disposition purement réglementaire, un simple *conseil* donné au Français de retour dans sa patrie.

Mais d'autres ont dit, et c'est le plus grand nombre : Une loi n'existe qu'à la condition d'avoir une sanction ; et, quoique l'arti-

qui a été célébré à l'étranger, sans aucune publication en France, n'a, peut-on dire, reçu, quant à la France, *aucune publicité;* or, aux termes de l'art. 191, le défaut de *publicité* entraîne la nullité du mariage.

(1) Zach., § 455, 2e édit. de MM. Aubry et Rau ; M. Laurent, t. III, nos 26 et suiv.

(2) Dur., t. II, no 228 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 412 ; *Explic. somm.*, p. 98, *Cours de Code civil,* t. I, p. 201 et 276 ; Dem., t. I, no 242 *bis,* I ; MM. Demol., t. I, nos 221 et suiv ; Aubry et Rau, t. V, § 468, notes 19 et 20 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, no 288. — La jurisprudence a fini par se prononcer en ce sens. Voy. notamment deux arrêts de la Chambre des requêtes, du 19 février et du 20 novembre 1866 (Sir., 66, 1, 206 et 142).

cle 171 ne prononce expressément aucune peine contre l'omission de la formalité qu'il prescrit, il est impossible qu'il soit impunément violé. Reste donc à rechercher quelle sera la peine que devront encourir les époux qui auront méconnu, non pas seulement le *vœu,* mais l'*ordre* formel du législateur.

Quand une loi est muette sur sa sanction, la punition de celui qui la viole consiste naturellement dans la privation des avantages que lui eût procurés la fidèle observation de la règle. *La nature du but que s'est proposé la loi sert ainsi à déterminer la nature et l'étendue de la pénalité qui doit en assurer l'exécution.*

Or, la transcription sur des registres publics français du mariage célébré à l'étranger *a évidemment pour objet* DE LE RENDRE NOTOIRE EN FRANCE. Donc, en l'absence de cette formalité, le mariage, *quoique valable* ENTRE LES ÉPOUX, *ne sera pas réputé connu des tiers, auxquels, par conséquent, il ne pourra pas être opposé.*

Ce principe étant admis, on en a conclu :

1° Que la femme qui n'a pas satisfait au prescrit de l'article 171 ne prend rang, parmi les créanciers hypothécaires de son mari, qu'à compter du jour de la transcription *tardive,* ou même qu'elle est complètement privée de son hypothèque et rangée parmi les créanciers chirographaires, si la transcription n'a pas été faite avant la faillite ou le décès de son mari (1);

2° Qu'elle est réputée *non mariée,* et, par conséquent, capable de s'obliger sans aucune autorisation de son mari ou de justice : les contrats qu'elle a faits sans aucune autorisation ne peuvent être attaqués ni par son mari ni par elle-même; en d'autres termes, les époux qui n'ont point satisfait à l'article 171 sont privés du bénéfice de l'article 225 (2) ;

3° Que ses enfants ne succèdent point, au préjudice de ses autres parents, aux biens qu'elle a en France (3) ;

4° Que son mariage ne fait pas obstacle à la validité d'un second mariage contracté en France par son mari (4).

606. — Si toutes ces conséquences sont vraies, ne faut-il pas alors reconnaître que le sens de l'article 171 est divinatoire ? Quelle loi fut jamais plus bénigne dans sa forme, et plus rigoureuse dans ses effets? Elle ne prononce ostensiblement aucune peine contre celui qui la viole ; mais malheur à celui qui la néglige ! Il sera privé des garanties qui assurent à d'autres la conservation de leur patrimoine, atteint dans ses droits les plus précieux, poursuivi même après sa mort dans la personne de ses enfants, dont la légitimité sera méconnue ! Jusqu'où peut donc aller le pouvoir doctrinal d'interpréter la loi? Les dispositions qui n'ont pas de sanction écrite sont-elles donc les plus redoutables ?

(1) Dur., t. II, n° 240; Marc., sur l'art. 171.
(2) Dur., n° 240.
(3) Delv., t. I, p. 72.
(4) Delv., t. I, p. 138.

Cette rigueur de déduction est d'ailleurs en contradiction manifeste avec le principe qui lui sert de base. Qu'on dise que le mariage qui *n'a pas été rendu public* par la formalité de la transcription, ne produira pas en France les effets civils qui, par leur nature, sont subordonnés, quant à leur exercice, *à une condition de publicité,* cette proposition n'aura rien de déraisonnable. Mais prétendre que ce mariage ne produira en France aucun de ses effets, pas même ceux qui ne sont soumis à aucune condition de publicité, c'est dire en d'autres termes que ce mariage n'est pas valable en France : c'est, par conséquent, violer la loi et se démentir soi-même, puisque la validité du mariage, tant en France qu'à l'étranger, n'est pas contestée.

607. — Ce défaut de logique a été compris et corrigé. On a distingué, parmi les effets du mariage, ceux qu'il ne produit *qu'à raison de la publicité dont la loi le suppose entouré,* tels que l'hypothèque légale qu'il confère à la femme (art. 2121), et le droit de faire annuler pour cause d'incapacité les actes qu'elle fait sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 225), de ceux qui sont moins le résultat de la publicité du mariage que du mariage lui-même, comme le droit de succession, la légitimité des enfants.

Les premiers n'ont lieu, en France, *que pour l'avenir* et à partir de la transcription, lorsqu'elle n'a été faite que *tardivement :* autrement, les tiers seraient exposés à des surprises qu'ils n'auraient aucun moyen d'éviter, ce qui serait injuste.

Les seconds sont indépendants de la transcription (1).

608. — Enfin un système plus tempéré encore a été proposé. En voici l'analyse :

La question de savoir si la femme, quand il n'a pas été satisfait au prescrit de l'article 171, est privée de son hypothèque légale et de son action en nullité, doit être résolue en fait, c'est-à-dire suivant les circonstances.

L'inobservation de la formalité de la transcription, étant une infraction à une loi impérative, constitue *une faute.*

Cette *faute* est-elle *dommageable,* ou ne l'est-elle pas ? Là est toute la question. Dans le premier cas, la femme perd toutes ses garanties ; elle les conserve dans le second.

Le défaut de transcription constitue une *faute dommageable*, si le mariage *n'a été rendu notoire en France* par aucun moyen de publicité ; or, comme toute faute impose à son auteur l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé (art. 1382), la femme ne peut pas donner ouverture à cette obligation, soit en invoquant son hypothèque légale contre les créanciers qui ont traité avec son mari dans l'ignorance du mariage, soit en demandant la nullité des actes qu'elle a faits sans autorisation de son mari ou de justice. Mais le défaut de transcription ne constitue pas, de la part

(1) Zach., t. III, p. 315

de la femme, *une faute dommageable,* lorsque son mariage a reçu en France une publicité suffisante par d'autres voies que la transcription, par exemple, par une inscription de son hypothèque légale prise dans les divers bureaux de la situation des immeubles de son mari, ou par une longue et authentique possession d'état. Dans ce cas, la femme peut se prévaloir de toutes les prérogatives attachées à sa qualité de femme mariée. A quel titre, en effet, ceux qui ont traité avec elle ou avec son mari pourraient-ils se plaindre du défaut de transcription ? Son mariage n'a-t-il pas été porté à leur connaissance tout aussi bien et mieux encore que s'il eût été transcrit? Sur quel texte s'appuieraient-ils pour fonder leur prétention? La déchéance qu'ils invoquent est une peine, et toute peine doit être formellement prononcée par la loi; or, la loi est muette sur ce point (1).

(1) Voy. Dem., t. I, p. 340; M. Demol., t. I, n° 229. — Cette théorie, quoique très logique en apparence, n'est au fond qu'une pure pétition de principe : c'est la question résolue par la question même. Voici, en effet, les deux prémisses sur lesquelles elle repose :

I. La transcription du mariage sur les registres publics français est exigée *dans un intérêt de publicité, c'est-à-dire dans l'intérêt des tiers.*

II. La femme qui ne remplit pas cette formalité *commet une faute* dont elle est responsable, conformément au principe général de l'art. 1382.

Or, je conteste l'un et l'autre principe!

I. La transcription prescrite par l'art. 171 n'est point exigée *dans un intérêt de publicité, c'est-à-dire dans l'intérêt des tiers.*

En effet : 1° la transcription du mariage sur les actes de l'état civil ne dispense point le mari de prendre, dans les divers bureaux de la situation de ses immeubles, une inscription de l'hypothèque légale de sa femme (art. 2136) : donc le Code ne considère point la transcription du mariage comme un *moyen de publicité!* autrement ladite transcription ferait double emploi avec l'inscription hypothécaire. Ce n'est pas d'ailleurs aux *mairies*, mais aux *bureaux de conservation des hypothèques*, que s'adressent les tiers pour obtenir les renseignements qu'ils ont intérêt à connaître. La transcription à la mairie ne produirait, par conséquent, qu'une publicité fictive et purement illusoire.

2° L'art. 171 est applicable même au Français qui revient en France *après la dissolution de son mariage;* or, si la transcription n'était qu'un *moyen de publicité du mariage,* que servirait de le rendre public après qu'il ne peut plus produire d'effet contre les tiers ?

3° Le Code n'exige pas la transcription du mariage célébré entre Français, *selon les formes françaises*, devant les agents diplomatiques de la France (voy. le n° 599): donc, quand le mariage a été régulièrement célébré à l'étranger et précédé en France des publications exigées par l'art. 63, la loi le répute aussi connu que s'il avait été célébré sur le territoire français devant l'officier public du domicile de l'un des époux.

4° Tant que les époux habitent à l'étranger, leur mariage, quoique non transcrit, produit, même en France, ses effets ordinaires au profit de la femme contre les tiers qui, par lettre ou mandataire, ont traité avec elle ou avec son mari : car la formalité de la transcription n'est obligatoire pour les époux *qu'à compter de leur retour en France.* Donc la loi le répute connu indépendamment de la transcription.

5° Pourvu que la transcription soit faite le dernier jour des trois mois du retour, le mariage produit tous ses effets contre les tiers qui ont traité avec la femme ou le mari depuis leur retour, mais avant la transcription; c'est un point que nous concèdent nos adversaires. Or, cette concession nous donne

609. — Je crois, quant à moi, que la formalité de la transcription a été organisée, non pas dans l'intérêt des tiers, mais uniquement dans l'intérêt des époux, et que, par conséquent, les tiers n'ont pas le droit de se plaindre en cas d'inobservation de l'article 171.

évidemment le droit de conclure que les tiers sont légalement réputés connaître le mariage, quoi qu'il ne soit pas encore transcrit ; autrement, il faudrait dire que la loi a organisé un système de publicité produisant son effet, non seulement dans l'avenir, mais encore *dans le passé*, ce qui serait absurde.

6° Le mariage *nul pour défaut de publicité* produit néanmoins tous ses effets civils ordinaires au profit de la femme *qui a été de bonne foi*, qui a pensé se marier devant l'officier public compétent, après publications. Donc les garanties que la loi accorde aux femmes ne sont soumises à aucune condition de publicité du mariage. C'est aux tiers à veiller par eux-mêmes à leurs intérêts, en cherchant principalement leur sûreté dans la moralité de ceux avec lesquels ils contractent. Si la loi avait eu pour but de les protéger, ce n'est pas la transcription *du mariage* qu'elle eût exigée, mais bien celle *du contrat de mariage*, qu'ils ont intérêt à connaître.

II. La femme qni ne fait pas transcrire l'acte de célébration de son mariage dans les trois mois de son arrivée ou de son retour en France, n'est pas en faute, même quand on se place dans le système de ceux qui ne voient dans la transcription qu'un moyen de publicité.

En effet, commettre *une faute*, c'est faire ce que la loi défend ou ne pas faire ce qu'elle ordonne ; or, ce n'est pas *à la femme*, mais *au mari*, qu'est imposée l'obligation de faire transcrire en France le mariage célébré à l'étranger. Cela résulte clairement du texte même de l'art. 171. Il ne dit pas : *la femme* devra faire transcrire... ; il ne se sert même pas de cette formule générale : *les époux*. Sa formule est restrictive : le *Français* sera... Qu'on ne dise pas que ces mots : *le Français*, ont un sens collectif ! Cela est vrai, en général ; mais il n'en est pas ainsi dans notre espèce. En disant : dans les trois mois du *retour du Français*, la loi entend évidemment, au moins quand le mariage a été contracté entre un Français et une femme étrangère (l'art. 171 n'est pas applicable aux femmes françaises qui se marient avec un étranger ; voy. le n° 599), et c'est le cas le plus fréquent, parler de l'époux qui fait *retour* dans sa patrie, c'est-à-dire du *mari*, puisque la femme, avant le mariage, n'avait pas en France de domicile où elle pût faire *retour*.

Ce qui achève d'ailleurs de démontrer que les mots de notre article n'ont pas un sens collectif, c'est que M. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs au Corps législatif, emploie les mots : *le père*, pour désigner la personne chargée de faire la transcription.

Enfin, quand on prend les mots *le Français* comme synonymes des mots *le mari*, la disposition de l'art. 171 se trouve en harmonie parfaite avec l'esprit général de la législation sur les droits des femmes ; que si, au contraire, on l'étend même à la femme, elle n'est plus alors qu'une dérogation sans motifs à des principes d'une équité si évidente, qu'on les trouve dans presque toutes les législations. Tout le monde sait, en effet, que l'esprit général de notre Code est de venir au secours de la femme toutes les fois que ses intérêts sont en conflit avec ceux de son mari. Ainsi, une succession lui échoit-elle à titre de propre : elle peut, à la dissolution de la communauté, prouver, tant par titres que par témoins, et même par commune renommée, la consistance du mobilier composant la succession (art. 1504, 1415) : on la dispense de l'obligation de faire inventaire, parce que, l'intérêt de son mari étant contraire au sien, peut-être serait-elle dans l'impuissance morale de se procurer une preuve écrite de son droit. — A-t-elle contre un tiers une action dont l'exercice réfléchirait contre son mari : la loi, redoutant qu'elle ne soit moralement empêchée d'agir, dans la crainte de déplaire à l'époux qu'elle aime et dont elle redoute le ressentiment, suspend à son profit le cours de la prescription tant que dure le mariage (art. 2256, 2°). — Enfin, pourquoi lui accorde-t-on une hypothèque

C'est ce que je vais démontrer par l'étude des travaux préparatoires du Code.

L'article du projet était ainsi conçu : « Trois mois après le re-« tour du Français dans le territoire de la République, l'acte de

indépendante de toute inscription ? évidemment parce que c'eût été lui retirer le bénéfice de l'hypothèque que de soumettre cette garantie à une condition de publicité : la femme, placée sous l'influence de son mari, aurait toujours négligé de prendre inscription.

D'où vient donc qu'on ne tient plus compte de ces considérations, quand la femme s'est mariée à l'étranger ? Est-elle mariée en France : on la dispense de prendre inscription, parce qu'on la juge moralement impuissante à faire cet acte conservatoire de son droit. Est-elle mariée à l'étranger : on fait alors dépendre la sûreté de son patrimoine de l'accomplissement d'une formalité dont elle ignore le plus souvent l'existence ? Je ne puis pas, quoi que je fasse, apercevoir la logique secrète de cette distinction entre l'*inscription* et la *transcription*. Est-ce que la femme mariée à l'étranger est plus indépendante que celle dont le mariage a été célébré en France ? Si la *transcription* est, comme on le prétend, un moyen de publicité du mariage, elle nuira au mari de la même manière que l'*inscription*, et, par conséquent, le mari aura le même intérêt à l'empêcher, la femme les mêmes obstacles à y faire procéder. Bien plus, lors même qu'elle ne serait pas empêchée d'agir par la crainte de déplaire à son mari, ou par la vive affection qu'elle lui porte, resterait toujours un obstacle matériel, dont il lui serait impossible de triompher si elle était mariée sous le régime de la communauté légale, ou sous le régime dotal, quand tous ses biens sont dotaux : dans ces divers cas, en effet, le mari a sur elle une telle autorité qu'elle sera dans l'impuissance de payer les frais de la transcription sans laquelle son patrimoine sera perdu. Qui reconnaît là l'esprit de notre Code ? On subordonne les garanties de la femme au caprice de son mari, intéressé à les lui faire perdre ; on lui retire d'une main ce qu'on lui donne de l'autre !

Où est la faute qu'on lui reproche ? Avant de contracter mariage, elle a fait faire ou exigé que son futur mari fît faire en France les publications commandées par la loi française : elle n'a rien négligé, parce qu'alors elle jouissait de toute sa liberté. Mais, une fois mariée, elle n'est plus indépendante : pourquoi donc soumettre les garanties que lui assure la validité de son mariage à une condition de publicité qu'elle est toujours moralement et, le plus souvent, matériellement incapable d'accomplir ?

Pour qu'un résultat si contraire à l'équité, si peu en harmonie avec la protection que nos lois accordent aux femmes, fût admissible, il faudrait un texte bien précis, et ce texte positif n'existe dans aucune de nos lois. A la vérité, l'art. 940 veut que la femme *donataire* d'un *immeuble* fasse faire elle-même la transcription de la donation, lorsque son mari néglige de faire pour elle cet acte conservatoire de son droit (art. 940 et 942) : l'obligation est ici *commune aux deux époux*, et, si elle n'est pas accomplie par l'un ou par l'autre, le bénéfice de la libéralité est compromis. Mais, si la femme est obligée, sous sa responsabilité, de faire procéder elle-même à la transcription, c'est qu'ici son intérêt n'est pas en conflit avec celui de son mari. Qu'importe à celui-ci que la formalité de la transcription soit accomplie ? En souffre-t-il ? nullement ! Son intérêt est même ici mêlé à celui de sa femme. Dès lors, il n'y a plus de raison pour la dispenser d'une obligation qu'elle peut accomplir en toute liberté.

Ainsi, la loi, dans un cas où les doutes n'auraient même pas pu naître, a jugé nécessaire de s'en expliquer formellement : elle avertit la femme des dangers peu graves auxquels l'exposerait le défaut de transcription (art. 942). Et cette même loi imposerait *tacitement*, par un texte ambigu, à une femme qui n'est devenue Française que par le fait de son mariage, l'obligation de faire procéder à une formalité qu'elle ignore le plus souvent, qu'elle est dans l'impuissance morale et quelquefois matérielle d'accomplir, dont l'inobservation

« célébration du mariage contracté en pays étranger, doit être « *enregistré, à peine d'un double droit d'enregistrement.*

« Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et *trans-* « *crit sur le registre public des mariages* du lieu de son domicile, « *sous peine,* à défaut de ce report, d'une *amende* qui ne pourra « être moindre de 100 francs, ni excéder 1,000 francs. »

Ainsi, dans ce système, le Français a deux formalités à remplir, et chacune d'elles est garantie par une sanction rigoureusement déterminée.

La formalité de l'*enregistrement* et la sanction qui l'accompagne sont de pur droit fiscal : elles ont pour objet, non pas l'intérêt des tiers ou celui des époux, mais l'intérêt de l'État.

Quant à la formalité de la *transcription,* il n'est pas aussi facile de dire dans quel but elle est exigée. Toutefois il est évident qu'elle n'est pas conçue dans un but de fiscalité, puisque la formalité de l'*enregistrement,* garantie par la sanction du double droit, assure déjà au Trésor la perception de l'impôt. Ce n'est pas non plus dans un intérêt de publicité, c'est-à-dire *dans l'intérêt des tiers :* car, s'il en était ainsi, la peine que le projet prononce contre l'époux négligent consisterait dans une réparation quelconque accordée aux tiers qui ont traité avec l'un ou l'autre des époux dans l'ignorance du mariage ; or, la peine est purement *pécuniaire,* et c'est l'*Etat seul qui en bénéficie.*

Mais ne serait-ce pas *dans l'intérêt des époux eux-mêmes, de leurs enfants, de la famille ?* Personne n'ignore quelle importance la loi attache à la bonne tenue des actes destinés à faire preuve des faits qui servent de fondement à l'état civil des Français. Or, les actes dressés à l'étranger peuvent être irrégulièrement tenus, leur conservation mal assurée. Le législateur a dû prendre des mesures pour empêcher que l'état des époux et de leurs enfants fût dépendant d'actes dont rien n'assure la régularité et la conservation ; la transcription de l'acte de célébration du mariage sur les registres de l'état civil français est le plus sûr et même le seul moyen d'atteindre ce but. N'est-il pas dès lors fort raisonnable de supposer que les auteurs du projet ont créé la formalité de la transcription

peut entraîner la perte totale de sa fortune ! Une telle loi ne saurait exister !

Encore un mot. L'incapacité de la femme mariée et l'hypothèque dont elle jouit ont toujours été considérées comme des institutions essentielles, qui tiennent à l'ordre public. Aussi la loi ne permet-elle pas à la femme d'y renoncer même expressément, soit avant, soit pendant le mariage : ce sont des garanties qu'elle ne peut pas perdre par un effet de sa volonté, et qui la protègent lors même qu'elle tenterait de se soustraire à leur empire. Ainsi, la femme mariée qui contracte avec un tiers auquel elle s'est présentée en qualité de femme veuve ou de fille majeure, conserve, quoiqu'en faute, la faculté d'attaquer l'acte obtenu à l'aide d'un mensonge (arg. tiré de l'art. 1310). Si ces principes sont vrais, et personne, que je sache, ne les conteste, comment se fait-il que l'inobservation de l'art. 171 puisse lui faire perdre les garanties qu'une faute bien plus grave n'altère même pas ? La femme qui voudra renoncer à son hypothèque et rester, quoique mariée, capable de s'obliger, le pourra donc, en allant à l'étranger faire célébrer son mariage et en négligeant de le faire transcrire en France !

pour régulariser et conserver les actes de l'état civil, afin de fournir soit aux époux, soit à leurs enfants, un moyen permanent, prompt et facile, de se procurer la preuve de leur état ? N'est-ce pas, en effet, dans ce but qu'est exigée la transcription, sur les registres ordinaires des actes de l'état civil, des actes de mariage contracté par des militaires hors du territoire de la France, devant les chefs remplissant les fonctions d'officiers de l'état civil (art 95) ?

Voyons maintenant le système qu'a suivi le Code.

L'article 171 ne parlant plus de la formalité de l'*enregistrement,* il faut en conclure qu'elle a été rejetée.

La formalité de la *transcription* a été maintenue, mais *sans la sanction de l'amende* mentionnée dans le projet.

Cette peine de l'amende a-t-elle été remplacée par une autre peine? La discussion qui eut lieu au Conseil d'État va nous prouver que non.

M. Defermon « demande pourquoi l'exécution de l'article 171 n'est pas assurée par *une disposition pénale.* »

M. Réal répond « que *cette disposition pénale* n'appartient pas au Code civil, et que sa place naturelle est dans les lois sur l'enregistrement où DÉJA ELLE SE TROUVE. »

M. Tronchet voudrait « que la peine de la contravention fût une amende, *indépendamment du double droit.* »

Ainsi, selon M. Réal, on n'a point à s'occuper de la sanction de la formalité de la transcription, *parce qu'elle existe déjà ailleurs,* dans les lois *sur l'enregistrement;* cette peine consiste dans *un double droit* que doit payer l'époux contrevenant.

Sur l'observation de M. Réal, j'ai cherché longtemps cette loi qui frappe d'un impôt fiscal le défaut de transcription de l'acte de mariage. Mais quel n'a pas été mon étonnement ! cet impôt, cette peine du double droit si formellement annoncée, n'existe nulle part. Les actes de l'état civil n'ont jamais été, même au point de vue fiscal, soumis à l'enregistrement. M. Réal l'ignorait sans doute, et il est probable que c'est en faisant passer dans l'esprit de ses collègues la fausse opinion que l'inobservation de la formalité de la transcription était déjà frappée d'une pénalité fiscale, qu'il a empêché de donner suite à l'observation de M. Defermon, qui faisait remarquer *que l'article 171 n'avait point de sanction.* C'est donc par l'effet d'un malentendu que la loi est restée inachevée.

610. — Tout cela montre que l'article 171 n'a pas la portée qu'on a voulu lui donner. Le seul effet qu'il puisse produire est d'obliger l'officier préposé aux actes de l'état civil des Français de transcrire sur ses registres l'acte de célébration qui lui est présenté. Quant à sa sanction, elle consiste naturellement dans les difficultés et les lenteurs que présentera la preuve du mariage, lorsqu'il n'aura pas été régulièrement transcrit sur les registres français. Sans doute il est regrettable qu'on n'ait pas, comme dans le projet du Code, frappé au moins d'une amende l'inobservation

d'une formalité qui intéresse l'ordre public ; mais il n'appartient ni aux commentateurs, ni aux juges, de refaire l'œuvre imparfaite de la loi (1).

CHAPITRE III. — DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

Qu'est-ce que l'*opposition au mariage?*

611. — I. CE QUE C'EST QUE L'OPPOSITION AU MARIAGE. — L'opposition est l'acte par lequel certaines personnes, qui ont qualité à cet effet, font, par ministère d'huissier, défense à un officier public de célébrer un mariage.

Art. 68.

Quid, si l'officier de l'état civil auquel elle est signifiée n'en tient pas compte?

L'officier public auquel l'opposition est notifiée ne doit point célébrer le mariage, tant que les futurs époux ne lui en rapportent pas la *mainlevée*. S'il passe outre, il se rend passible d'une amende de 300 francs et de tous dommages et intérêts.

Combien y a-t-il d'espèces d'oppositions?

612. — II. COMBIEN IL Y A D'ESPÈCES D'OPPOSITIONS. — J'en distingue deux : l'opposition proprement dite ou *légale*, et l'opposition improprement dite ou *officieuse*.

Qu'est-ce que l'opposition *légale?*

La première est celle qui est formée à la requête d'une personne ayant qualité à cet effet, dans les cas et dans les formes déterminés par la loi.

L'opposition *officieuse?*

La deuxième est celle qui est formée par une personne à laquelle la loi n'a pas accordé ce droit, ou par une personne ayant qualité à cet effet, mais en dehors des cas que la loi a prévus, ou des formes qu'elle a prescrites. Je m'explique.

Quel est l'effet d'une opposition *légale?*

L'opposition a une sanction pénale contre l'officier public qui passe outre. S'il la méconnaît, il est puni, alors même qu'il a agi de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance qu'elle n'était pas fondée, et encore bien qu'elle ne le fût réellement pas. Or, pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'elle soit formée : 1° par une personne ayant qualité pour se constituer opposant; 2° pour l'une des causes et selon les formes déterminées par la loi. Telle est l'opposition que j'appelle *légale*.

L'opposition *officieuse* produit-elle le même effet?

Les personnes auxquelles la loi ne confère point le droit d'opposition peuvent, sans doute, lorsqu'elles croient à l'existence d'un empêchement au mariage, en donner avis à l'officier public ; elles le peuvent faire soit verbalement, soit par lettre, soit même par exploit d'huissier. Mais, quelle que soit la forme qu'elles adoptent, l'acte qu'elles font ne constitue point une opposition *avec sanction pénale* contre l'officier public qui ne la respecte pas. Ainsi, quoiqu'il passe outre, il n'encourt aucune peine, si l'empêchement sur

(1) Ce système, que j'ai exposé, en 1844, dans la *Revue de droit français et étranger*, a été accepté par M. Valette (*Explic. somm.*, p. 99; *Cours de Code civil*, t. I, p. 202), et par M. Demangeat, qui l'a résumé dans ses notes sur Fœlix, *Traité du droit international privé*. Il a été depuis universellement admis (voy. MM. Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 290; Aubry et Rau, t. V, § 468, note 28).

lequel repose leur opposition est ensuite reconnu inexistant. Dans le cas contraire, il sera puni, sans doute; mais ce ne sera pas parce qu'il aura méprisé l'opposition : ce sera conformément au droit commun, c'est-à-dire parce qu'il aura ***sciemment*** célébré un mariage dont la loi défendait la célébration. Telle est l'opposition que j'appelle ***officieuse***.

Et ce que j'ai dit de l'opposition formée à la requête d'une personne n'ayant point qualité à cet effet, je le dis également de celle qui a été formée par une personne ayant qualité pour cela, mais en dehors des cas prévus par la loi ou des formes qu'elle a prescrites.

Quel effet produit-elle donc?

Ainsi l'opposition ***légale*** engage dans tous les cas la responsabilité de l'officier public qui la viole : quel que soit l'événement, et alors même que les motifs mis en avant par l'opposant sont dénués de tout fondement, l'officier public est puni lorsqu'il passe outre. Il doit donc, s'il est prudent, refuser de procéder au mariage, alors même qu'il est convaincu que les motifs qu'elle énonce n'ont rien de sérieux.

L'opposition ***officieuse,*** au contraire, n'a qu'un effet : si l'empêchement sur lequel elle est fondée existe réellement, elle constitue ***en état de mauvaise foi*** l'officier public qui, l'ayant reçue, n'en tient aucun compte. Mais, si elle paraît dénuée de tout fondement, s'il a la conviction que l'empêchement invoqué par l'opposant n'existe pas, et si, en fait, il n'existe point d'empêchement, il peut, sans danger pour lui, passer outre : cet acte d'autorité ne le soumet à aucune peine. — Je reviendrai sur ce point.

Dans quel but la loi permet-elle les oppositions au mariage? Quelle est leur utilité?

613. — III. De l'utilité des oppositions. — La loi a organisé plusieurs empêchements au mariage : les empêchements ***dirimants*** et les empêchements ***prohibitifs***. L'officier de l'état civil qui, les connaissant, passe outre, s'expose à être destitué, et à des dommages et intérêts; il encourt, en outre, dans certains cas, la peine de l'amende et de l'emprisonnement (art. 156, 157, C. civ.; 193, 194 et 195, C. pén.). Il est même passible, dans l'hypothèse prévue par l'article 340 du Code pénal, de la peine des travaux forcés à temps. Ces peines assurent déjà l'observation des empêchements que la loi apporte au mariage; mais elles ne suffisent pas toujours. L'officier de l'état civil peut, en effet, ne pas connaître les empêchements qui s'opposent à l'union projetée entre les parties, et, dans l'ignorance où il est à cet égard, prêter son ministère à un acte frauduleux. Il importe donc que certaines personnes qui, par leur position, en sont naturellement instruites, puissent lui en donner avis; autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder les empêchements prohibitifs. Le droit d'opposition, qui concourt à les faire observer, en est donc la sanction nécessaire. Quant aux empêchements dirimants, leur violation eût amené sans doute la nullité du mariage; mais mieux vaut ***prévenir*** que ***punir !***

Les *collatéraux* ont-ils un droit d'opposition aussi étendu que celui dont sont investis les *ascendants ?*

614. — L'opposition a une autre utilité, que je dois signaler. Les *ascendants* ont un droit absolu d'opposition au mariage de leurs enfants; il leur est permis de l'exercer *pour quelque cause que ce soit,* c'est-à-dire encore que le motif sur lequel ils la fondent ne constitue ni un empêchement dirimant ni même un empêchement prohibitif. Ce qui revient à dire qu'ils peuvent s'opposer au mariage, *alors même que les parties réunissent toutes les conditions et qualités pour contracter un mariage valable.* Cette opposition, il est vrai, ne réussira pas, si l'enfant contre lequel elle est formée en demande la mainlevée; mais elle nécessite un procès, et un procès ne se vide pas en quelques instants. Elle a donc cet effet de suspendre, pendant un certain temps, la célébration du mariage. Or c'est beaucoup que de gagner du temps : car l'union projetée par l'enfant, quoique licite selon la loi, peut être fort compromettante pour lui et pour sa famille. Les délais qu'entraîne l'opposition donnent aux ascendants le temps dont ils peuvent avoir besoin pour venir au secours de l'enfant qui, dominé par des entraînements déréglés, est sur le point de contracter un mariage honteux. Le temps est une grande ressource contre les passions aveugles.

615. — Ce droit *absolu* et illimité d'opposition, ce moyen détourné de gagner du temps, n'appartient qu'aux *ascendants.* Les collatéraux (non pas tous, mais quelques-uns; voyez le n° 624) peuvent, il est vrai, s'opposer au mariage de leur parent; mais leur droit est limité *à certains cas déterminés.* Leur opposition n'est admissible qu'autant qu'elle est fondée sur l'un ou l'autre de ces deux empêchements dirimants : 1° *absence du consentement du conseil de famille,* lorsque le futur époux au mariage duquel ils s'opposent est mineur ou interdit; 2° *état de démence, d'imbécillité* ou de *fureur,* dans lequel ils prétendent que leur parent est tombé (voy. le n° 624).

616. — En somme, les *ascendants* peuvent, dans tous les cas, s'opposer au mariage de leur enfant; ils le peuvent *alors même qu'il n'existe aucun empêchement légal au mariage qu'il a projeté.*

Les collatéraux, au contraire, ne le peuvent que dans certains cas. Ainsi, 1° leur opposition n'est valable qu'autant qu'elle est *motivée,* c'est-à-dire qu'autant qu'ils la fondent sur un empêchement légal dont ils affirment l'existence; 2° il ne leur est point permis de la motiver sur un empêchement légal *quelconque :* elle n'est valable qu'autant qu'ils la fondent sur l'absence du consentement du conseil de famille, ou sur la démence de leur parent. L'opposition motivée sur un empêchement légal d'une autre nature, par exemple sur l'impuberté de leur parent, ou sur l'existence d'un premier mariage, est nulle et de nul effet.

Quelle est la raison de cette différence?

Cette différence entre les ascendants et les collatéraux s'explique facilement. Le droit d'opposition, si étendu qu'il soit, ne présente aucun danger dans les mains des ascendants : leur tendresse pour

leur enfant est une garantie toute naturelle de leur bonne foi. Il y avait, au contraire, à craindre que le droit illimité d'opposition ne devînt, pour les collatéraux, blessés peut-être dans leur intérêt ou dans leur orgueil, un moyen détourné d'entraver un mariage honnête et légitime.

617. — Toutefois, il est permis de s'étonner que les collatéraux, admis à motiver leur opposition sur l'absence du consentement du conseil de famille, ou sur la démence du futur époux, ne puissent pas la fonder sur un autre empêchement dirimant, tel que le défaut d'âge, l'existence d'un premier mariage ou d'un lien de parenté au degré prohibé.

Pourquoi les collatéraux ne peuvent-ils fonder leur opposition que sur l'absence du consentement du conseil de famille, ou sur la démence du futur époux?

On a dit, pour justifier cette distinction, que les collatéraux pourraient entraver le mariage de leur parent, s'il leur était permis de fonder leur opposition sur des empêchements dirimants dont la vérification serait lente et difficile. On conçoit, par exemple, que, s'ils la fondaient sur l'existence d'un premier mariage que leur parent aurait, selon leur dire, contracté à l'étranger, elle entraînerait des retards indéfinis.

Cette raison, il faut bien le reconnaître, n'est pas très concluante : car assurément personne ne croira que l'impuberté du futur époux, ou l'existence d'un lien de parenté au degré prohibé, soit plus difficile à vérifier que la démence. Quoi qu'il en soit, la loi est formelle.

La raison qu'on en donne est-elle bien concluante?

618. — IV. Des personnes qui ont le droit de former une opposition légale, et des causes pour lesquelles il leur est permis de la former. — Suivant notre ancien droit français, toute personne pouvait, et pour quelque cause que ce fût, s'opposer au mariage. Ce droit absolu et sans limite devint, dans la pratique, un moyen de vexation. La plupart des mariages se trouvèrent ainsi, au grand préjudice de l'ordre public, entravés par des obstacles que suggéraient des passions indiscrètes et injustes. Les rédacteurs du Code ont fait cesser cet abus. Le droit d'opposition est limité sous deux rapports, et quant aux *personnes*, et quant aux *causes*.

Art. 172 à 175.

Quelles personnes ont le droit de former une opposition légale?

Quant aux personnes... Ainsi, le droit d'opposition n'appartient plus qu'à *certaines personnes*, auxquelles la loi le défère, soit à raison d'un intérêt évident et légitime qu'elles ont à protéger, soit à raison de l'affection naturelle qu'elles sont présumées avoir pour leur parent.

Quant aux causes... Ainsi l'opposant n'a plus, du moins en général, le droit de motiver son opposition sur une *cause quelconque :* il ne peut la former qu'autant qu'il la motive sur l'une des causes que la loi détermine limitativement (voy. les nos 617 et 624).

— Les personnes auxquelles la loi confère le droit d'opposition sont :

619. — 1° *La personne engagée par le mariage avec l'un des deux futurs.* — Il faut bien qu'un époux, dont le conjoint se propose de convoler en secondes noces, puisse défendre son titre.

Art. 172.

Pourquoi la personne engagée par mariage avec l'un des fu-

turs époux peut-elle former opposition au mariage? Quels ascendants ont le droit d'opposition? Dans quel ordre sont-ils appelés à l'exercer?

620. — 2° ***Les ascendants,*** c'est-à-dire « le père, et, à défaut du père, la mère, et, à défaut des père et mère, les aïeuls et aïeules. »

« A défaut du père, la mère... » Ces expressions, ***à défaut du père,*** ne signifient point que la mère peut former opposition lorsque le père, ***par indifférence,*** n'use point de son droit; la loi veut dire que, si le père est décédé ou s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le droit d'opposition passe alors, ***mais alors seulement,*** à la mère. — Ainsi, lorsque le père est vivant et capable de manifester sa volonté, la mère n'a point qualité pour faire une opposition ***légale;*** la voie de l'opposition ***officieuse*** lui est seule ouverte (voy. le n° 612).

« A défaut des père et mère, les aïeuls et aïeules... » ou, plus exactement, les aïeuls, et, à défaut d'aïeuls, les aïeules : car, si le droit d'opposition n'appartient à la mère qu'à défaut du père, pourquoi, en l'absence des père et mère, appartiendrait-il ***concurremment*** au grand-père et à la grand'mère? Les deux cas sont entièrement semblables : la logique demande donc qu'ils soient assimilés. Ainsi, le droit d'opposition n'appartient pas ***collectivement*** aux aïeul et aïeule ***de la même ligne :*** l'aïeule n'y peut prétendre qu'à défaut de l'aïeul. Il en est différemment à l'égard des aïeuls et aïeules ***des deux lignes :*** le droit d'opposition leur appartient concurremment. Si donc il existe un aïeul dans une ligne et une aïeule dans l'autre, l'opposition peut être formée aussi bien par l'aïeule que par l'aïeul.

En résumé, il faut, quant au ***droit d'opposition,*** suivre l'ordre tracé par les articles 149 et 150, quant au ***droit de consentir au mariage.***

Les aïeul et aïeule d'une ligne peuvent-ils former opposition, alors que les aïeul et aïeule de l'autre ligne consentent au mariage?

621.— Toutefois, on décide généralement que les aïeul et aïeule d'une ligne peuvent former opposition, alors même que les ***aïeul*** et ***aïeule*** de l'autre ligne consentent au mariage. Le droit d'opposition appartient, en effet, ***concurremment*** aux deux lignes; or, l'une d'elles ne peut point, par le consentement qu'elle donne au mariage, faire tomber indirectement le droit de l'autre. Cette opposition sera levée, sans doute, si elle n'est point fondée sur un autre empêchement légal que le défaut de consentement, puisque dans l'espèce il y a consentement; mais elle aura toujours cet effet de retarder pendant un certain temps la célébration d'un mariage peut-être fort peu convenable (1).

622. — Enfin, il est bien entendu qu'à défaut des aïeuls et des aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules. Ce n'est, en effet, qu'à défaut D'AUCUN ***ascendant,*** que les collatéraux en sont investis (art. 174).

Les ascendants peu-

623. — Remarquons, en outre, que les ascendants peuvent user

(1) Dem., t. I, n° 244 *bis*, I; Dur., t. II, n°s 191 et 192; Bug.; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 422; *Explic. somm.*, p. 101; MM. Demol., t. I, n° 140; Aubry et Rau, t. V, § 454, note 6. — *Contra*, M. Laurent, t. II, n° 379.

de leur droit d'opposition, soit que leur enfant ait atteint, soit qu'il n'ait pas atteint l'âge auquel il lui est permis de se marier sans leur consentement. Mais voyez la différence entre les deux cas! Dans le premier, l'ascendant, s'il est attaqué en mainlevée de son opposition, la fera maintenir, sans qu'il ait d'autre raison à donner que son refus de consentement : « Je m'oppose, pourra-t-il dire, parce qu'il ne me plaît pas de donner mon consentement au mariage. » Dans le second, au contraire, cette raison n'est plus suffisante : car l'enfant a le droit de se marier, que son ascendant le veuille ou ne le veuille pas. Celui-ci devra donc, sous peine de voir son opposition écartée, justifier de l'existence d'un empêchement légal autre que son refus de consentir au mariage (1).

vent-ils s'opposer au mariage de leur enfant, soit qu'il ait atteint, soit qu'il n'ai pas atteint l'âge compétent pour se marier sans leur consentement ?

Quelle différence y a-t-il entre les deux cas?

Art. 174.

624. — 3° *Les collatéraux dont l'énumération suit : le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains.* — Remarquons :

Quels collatéraux ont le droit d'opposition ? A quelles conditions l'ont-ils ?

D'une part, que le droit d'opposition ne leur passe :

1° *Qu'à défaut d'aucun ascendant ;*

2° *Qu'autant qu'ils sont majeurs ;*

D'autre part, qu'il est limité à deux cas que la loi détermine. Ainsi, ils ne peuvent s'opposer au mariage que :

Sur quelles causes peuvent-ils motiver leur opposition ?

1° « Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu. » Mais, dira-t-on, à quoi bon cette opposition ? Du moment que le futur qui est en tutelle ne rapporte pas un acte de consentement, son mariage est impossible : dès lors l'opposition est inutile ! Cela est vrai dans la plupart des cas; mais il se peut que l'officier de l'état civil soit prêt à passer à la célébration, parce qu'on lui a présenté un faux acte de naissance qui lui a fait croire à la majorité du mineur, ou un faux acte portant consentement du conseil de famille au mariage. C'est alors qu'on le prévient par une opposition ;

A quoi sert-elle lorsqu'elle est fondée sur le défaut de consentement du conseil de famille?

2° «Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de *démence* du futur époux. » L'opposition n'est alors recevable qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le tribunal.

Lorsqu'elle est fondée sur la démence du futur époux, l'opposant est-il tenu de former immédiatement une demande en interdiction?

625. — Cette dernière disposition a besoin d'être bien comprise. Elle ne signifie point que l'officier de l'état civil n'est tenu de respecter l'opposition motivée sur la *démence* qu'autant que l'opposant forme, en même temps que son opposition, une demande en interdiction. L'opposant, en effet, n'est point tenu de prendre l'initiative et de prouver que le motif de son opposition est fondé : il la forme, et il attend. L'officier public doit faire de même, attendre. Alors, de deux choses l'une :

Le futur contre lequel l'opposition est formée s'abstient-il de l'attaquer : son silence est une preuve qu'elle est fondée : dès lors l'opposant n'a rien à prouver;

En demande-t-il, au contraire, la mainlevée : alors, mais alors

(1) Comp. Val., *Cours de C. civ.*, p. 208.

seulement, l'opposant est tenu de prouver le bien fondé de son opposition. De là pour lui l'obligation de provoquer et faire prononcer l'interdiction, dans le délai que le tribunal lui accorde à cet effet (1).

Au reste, le tribunal peut, s'il lui paraît que l'opposition n'a aucun fondement, en prononcer la mainlevée *pure et simple,* c'est-à-dire de suite et sans plus ample informé.

626. — Notons, en finissant, qu'à la différence des *ascendants,* qui ne peuvent former opposition que l'un à défaut de l'autre (art. 173), les *collatéraux* énumérés dans l'article 174 ont tous un droit égal, et qu'ainsi un *cousin* peut s'opposer au mariage de son cousin, alors même que le *frère* du futur époux ne s'y oppose pas, étant cependant dans la possibilité de le faire.

Art. 175.

A quelles conditions et pour quelles causes le tuteur ou curateur peut-il former opposition au mariage?

627. — 4° *Le tuteur ou le curateur, pendant la tutelle ou la curatelle, mais sous la condition d'obtenir à cet effet l'autorisation du conseil de famille, et* DANS LES DEUX CAS SEULEMENT *où l'opposition est permise aux collatéraux.*

Dans les deux cas..., c'est-à-dire : 1° lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu ; — 2° lorsque l'opposition est motivée sur la démence du futur époux.

Mais à quoi bon fonder l'opposition sur la démence du futur époux? Si le conseil de famille a refusé son consentement, on peut la fonder sur le défaut de consentement; si, au contraire, il l'a donné, comment concevoir qu'il autorise ensuite le tuteur à s'opposer au mariage?

A première vue, il semble que le second cas ne recevra jamais d'application. Et, en effet, de deux choses l'une. Le conseil de famille a-t-il refusé son consentement au mariage : on est dans le premier cas, l'opposition peut être fondée *sur le défaut de consentement.* L'a-t-il donné : comment concevoir alors qu'il autorise ensuite le tuteur à s'opposer au mariage ? et, s'il reconnaît qu'il a eu tort de donner son consentement, à quoi bon fonder l'opposition *sur la démence du futur époux* ? N'est-il pas plus simple de retirer le consentement donné, et de motiver l'opposition à faire *sur le défaut de consentement?*

Voici l'espèce qu'on a proposée pour la justification de la loi. Le conseil de famille a donné son consentement au mariage; le tuteur, mieux instruit de l'état mental du mineur, critique le parti auquel on s'est arrêté : « Vous avez eu tort, dit-il aux parents qui composent le conseil de famille, de donner votre consentement; votre parent n'est pas en état de se marier, il n'est pas sain d'esprit! » Le conseil de famille, qui conserve des doutes à cet égard, ne veut point retirer son consentement : « Vous pensez, répond-il au tuteur, que votre mineur n'est pas sain d'esprit : eh bien, opposez-vous à son mariage, nous vous y autorisons; agissez si vous êtes convaincu, mais agissez à vos risques et périls. »

On a aussi proposé le cas où, le consentement au mariage d'un enfant naturel ayant été donné par un tuteur *ad hoc* (art. 159), le conseil de famille autorise le tuteur *ordinaire* à former une opposition motivée *sur la démence du futur époux* (2).

(1) M. Demol., t. I, n° 146.
(2) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 422; *Cours de Code civil*, t. I, p. 217.

628. — De même que les collatéraux, le tuteur n'est admis à former opposition qu'*à défaut d'aucun ascendant* (art. 175 rapproché de l'art. 174) ; ce droit lui appartient, au contraire, *concurremment* avec les collatéraux de l'article 174.

629. — Voilà donc quatre classes de personnes auxquelles la loi confère le droit d'opposition : 1° la personne dont le conjoint veut contracter un second mariage ; 2° les ascendants ; 3° certains collatéraux (les frères et sœurs, oncles, tantes, cousins ou cousines germains) ; 4° le tuteur et le curateur. Cette énumération est évidemment *limitative :* car tout le monde sait que c'est afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition que le Code a jugé nécessaire de ne l'accorder *qu'à certaines personnes* (voy. le n° 618). Concluons-en qu'en dehors de ceux que la loi comprend dans son énumération, nul n'a le droit d'opposition. Ainsi, ne l'ont pas : 1° les *alliés*, même les plus proches ; 2° les *descendants :* l'opposition formée par un fils ou par une fille au mariage de son père ou de sa mère a paru incompatible avec la déférence que les enfants doivent à leurs ascendants ; 3° par une raison analogue, les *neveux* et *nièces* des futurs époux : les oncles et tantes tiennent, en effet, la place des ascendants, *parentum loco habentur ;* 4° le procureur de la République (1).

Le droit d'opposition appartient-il à d'autres personnes que celles auxquelles la loi l'accorde expressément ?

Pourquoi les descendants ne peuvent-ils pas s'opposer au mariage de leurs ascendants, les neveux et nièces au mariage de leur oncle ou de leur tante ?

Le procureur de la République a-t-il le droit d'opposition ?

Quelques personnes pensent que notre art. 175, lorsqu'il parle de l'opposition *motivée sur la démence*, suppose le cas d'un futur époux qui est *majeur* et *interdit*. Dans cette hypothèse, en effet, l'opposition ne peut pas être motivée sur le défaut de consentement : car le futur époux, étant *majeur*, n'a besoin d'aucun consentement pour se marier ; elle ne peut donc l'être que sur son état *de démence* (Marc., sur l'art. 175 ; M. Demol., t. I, n° 148. — *Contra*, M. Val., *Explic. somm.*, p. 103).

(1) Toutefois, quant au procureur de la République, la solution que je donne est contestée. Beaucoup d'auteurs pensent qu'il peut s'opposer au mariage, lorsqu'il motive son opposition sur un empêchement dirimant, dont la violation est sanctionnée par une nullité d'ordre public qu'il pourrait lui-même faire prononcer (art. 184). D'autres vont plus loin : ils lui reconnaissent le droit d'opposition, toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, dirimant ou simplement prohibitif, est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public (Delv., t. I, p. 53 ; Dem., t. I, n°s 249 et 249 *bis*, I ; Dur., t. II, n° 201 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 420, et *Cours de Code civil*, t. I, p. 219 ; Marc., sur l'art. 175 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 291 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 454, note 27 ; Demol., t. I, n° 148).

Ce système s'appuie sur deux arguments, qui, si je ne me trompe, doivent être l'un et l'autre écartés.

Premier argument. — Le procureur de la République est autorisé à poursuivre lui-même et d'office la nullité du mariage contracté en violation de certains empêchements dirimants qui tiennent plus essentiellement que d'autres à l'ordre public (art. 184). Donc, par *a fortiori*, il a le droit, lorsqu'un empêchement de cette nature existe, de s'opposer à la célébration du mariage : car il serait absurde qu'il fût obligé d'attendre, pour agir, pour faire respecter la loi, que le scandale fût consommé et la lo violée ! mieux vaut prévenir le mal que d'avoir à le réparer !

Cet argument pèche par sa base : car l'*a fortiori* sur lequel on le fonde n'existe pas. Autre chose, en effet, est une *opposition*, autre chose *une demande en nullité*. L'opposition, lorsqu'elle n'est pas fondée, peut, en retardant la célébration du mariage, *le faire manquer*, et par suite causer à l'une des parties

Art. 176 et 66.

Par quel acte l'opposition doit-elle être formée?

A quelles formes cet acte est-il soumis ?

630. — V. Des formes de l'opposition. — *De l'acte par lequel elle doit être formée.* — Elle doit l'être par *exploit d'huissier*. Cet acte, soumis d'ailleurs aux formalités communes à tous les exploits, doit être signé, sur l'original et sur la copie, par l'oppo-

un préjudice fort grave et irréparable ; la demande en nullité, au contraire, ne fait tort qu'au demandeur dans le cas où elle n'est pas fondée. La loi a donc pu, avec raison, se montrer plus facile pour la demande en nullité que pour l'opposition (M. Val., *sur Proud.*, t. I. p. 420).

Si l'*a fortiori* que je conteste était décisif à l'égard du procureur de la République, le droit d'opposition prendrait alors une extension qu'il ne comporte pas. Ainsi, nous dirions : « *Les enfants* peuvent demander la nullité du second mariage que leurs ascendants ont contracté en violation d'un empêchement dirimant ; les *neveux* et *nièces* peuvent également faire annuler, quand il n'est pas valable, le mariage de leur oncle ou de leur tante (art. 184) : donc, par *a fortiori*, le droit d'opposition appartient aux *enfants*, aux *neveux* et *nièces* des futurs époux ! » Cette conclusion, personne ne l'admet ; or, en la rejetant, on fait par là même tomber l'*a fortiori* qu'on invoque dans l'intérêt du procureur de la République.

Second argument. — L'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 porte : « En matière civile, le procureur de la République agit d'office *dans les cas spécifiés par la loi...* » Si cet article s'arrêtait là, le ministère public n'aurait point le droit d'opposition, puisqu'aucune loi ne le lui confère. Mais il ajoute : « Il (le procureur de la République) surveille l'exécution des lois..., il poursuit *d'office* cette exécution *dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Cette seconde partie de l'article élargît évidemment les attributions du ministère public: autrement, elle n'aurait aucun sens, puisqu'elle se confondrait avec la première disposition. Ainsi, ce n'est pas seulement dans les cas *spécifiés par la loi* qu'il peut, en matière civile, agir d'office ; il le peut *dans tous les cas qui intéressent l'ordre public :* donc il peut d'office s'opposer à la célébration des mariages contraires à l'ordre public ou à la morale.

Cet argument, quoique plus solide que le premier, n'est pas plus concluant. L'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 n'a pas, dans sa dernière phrase, le sens absolu et général qu'on lui donne. Il n'y faut voir qu'une redondance, la répétition pure et simple du principe énoncé dans sa première partie, savoir que le ministère public agit d'office *dans les cas spécifiés par la loi* (M. Duv., *sur Toullier*, t. I, p. 346). On objecte qu'ainsi entendue, la seconde partie de l'article devient complètement inutile. Cela est vrai. Mais je réponds que, dans le système contraire, la seconde partie de l'article, rapprochée de la première, offre une anomalie bien plus grande, et, par suite, bien moins probable. La première confère un pouvoir *limité*, la seconde un pouvoir *illimité*. Or, si la seconde doit l'emporter sur la première, il faut dire alors que le législateur s'est amusé à poser un principe pour avoir le plaisir de l'abroger immédiatement, et dans le même article, par un principe contraire. Une telle inconséquence est-elle probable ?

Je puis d'ailleurs faire une concession. Oui, dirai-je, le procureur de la République peut, *même en matière civile*, agir d'office *dans tous les cas qui intéressent l'ordre public !* Mais ce pouvoir, si large qu'il soit, ne comprend cependant pas le droit pour le procureur de la République d'agir d'office *dans les cas particuliers où la loi le lui défend ;* or, la loi lui défend de faire des oppositions aux mariages ! Elle le lui défend : car, en prenant soin de l'accorder limitativement à certaines personnes qu'elle énumère, elle le retire par là même à tous ceux qui l'avaient dans notre ancien droit, mais qu'elle ne comprend point dans son énumération, et, par conséquent, au procureur de la République, puisqu'il n'y figure point.

Le pouvoir d'agir d'office dans tous les cas qui intéressent la morale ou l'ordre public est d'ailleurs trop exorbitant pour qu'il soit permis de l'induire d'un texte ambigu. On serait bien étonné, si, le prenant au pied de la lettre,

sant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique. Cette signature est une garantie contre les tiers qui, si elle n'était pas exigée, pourraient impunément, à l'aide d'un nom supposé, troubler les familles dans leurs projets de mariage.

Pourquo doit-il être signé sur l'original et sur la copie par l'opposant ?

631. — *Ce que doit contenir l'acte d'opposition.* — Il doit :

Que doit-il contenir Pourquoi la qualité de l'opposant et les motifs de l'opposition

1° Énoncer la *qualité* de l'opposant et les *motifs* de l'opposition, afin, d'une part, que le futur époux sache bien quel est celui qui s'oppose à son mariage, et pourquoi il s'y oppose ; d'autre part, que l'officier civil puisse, à la seule inspection de l'acte, vérifier si elle est *légale*, c'est-à-dire obligatoire pour lui, ou s'il peut sans danger passer outre (voy. le n° 612). Notons toutefois que les *ascendants* sont dispensés de l'obligation d'indiquer dans l'acte d'opposition les motifs sur lesquels ils la fondent (voy. la *Form.* 76).

Mais entendons-nous bien. Lorsque le futur époux est *mineur quant au mariage,* son ascendant n'a besoin de motiver son opposition, ni par l'acte dans lequel il la forme, ni devant le tribunal saisi d'une demande en mainlevée. Lors, au contraire, que le futur époux a déjà l'âge compétent pour consentir *par lui-même* au mariage, l'ascendant qui s'y oppose est bien dispensé, même dans ce cas, de faire connaître ses motifs *dans l'acte par lequel il forme son opposition ;* mais, si le futur époux en demande la mainlevée, l'ascendant ne peut alors la faire maintenir qu'en la justifiant par la preuve qu'il est tenu d'apporter d'un empêchement légal au mariage (voy. les n°s 614 et 623).

Si le futur époux demande la mainlevée de l'opposition formée par son ascendant, celui-ci est-il obligé de donner des motifs à l'appui de son opposition?

2° Contenir l'*élection d'un domicile,* faite par l'opposant dans *le lieu où le mariage doit être célébré,* afin que le futur époux qui veut attaquer l'opposition et en obtenir mainlevée ne soit pas obligé d'aller plaider au loin, ce qui retarderait encore le mariage.

Pourquoi l'opposant doit-il élire un domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré ?

632. — Ici se présente une difficulté. L'opposant est tenu d'élire domicile dans le lieu où le mariage *doit être célébré;* or, il se peut que *deux,* et même, dans certains cas, *quatre* communes soient également compétentes pour le mariage. L'opposant n'est pas obligé d'élire un domicile dans chacune de ces communes, car

Mais il se peut que deux et même quatre communes soient également compétentes pour le mariage : où faut-il alors que l'opposant élise un domicile ?

quelqu'un déduisait toutes les conséquences qu'il comporte dans sa généralité. Ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire, ce qui est évidemment inadmissible, que le procureur de la République a le droit de poursuivre la nullité de tous les contrats qui contiennent quelques clauses dont la morale ou l'ordre public aurait à souffrir.

Voy. aussi M. Laurent, t. II, n°s 387 et suiv.

— Au reste, la question n'a qu'un faible intérêt : car il est bien entendu que le procureur de la République peut faire défense à l'officier de l'état civil de célébrer un mariage contraire à l'ordre public ; il est également certain que l'officier de l'état civil qui ne tient aucun compte de cette défense sera punissable, ***s'il est établi*** que cette défense était fondée sur un empêchement dirimant ou prohibitif. Mais je dis que l'opposition formée à la requête du ministère public est nulle, en ce sens que, si, par aventure, *elle n'a point de just fondement,* l'officier de l'état civil qui a passé outre n'encourt aucune peine (voy. le n° 612).

la loi n'exige *qu'une seule élection;* mais où, dans quelle commune, l'élection doit-elle être faite? Si les parties ont indiqué dans les publications de leur projet de mariage la commune dans laquelle elles se proposent de se marier, elle peut être valablement faite dans cette commune. Dans l'hypothèse contraire, elle peut l'être dans l'une ou l'autre des communes compétentes pour le mariage : car l'opposant ne doit pas être victime de l'incertitude dans laquelle on l'a laissé sur le lieu de la célébration du mariage(1).

Les indications qui viennent d'être énumérées sont-elles exigées à peine de nullité?

633. — L'indication de la qualité de l'opposant et des motifs de l'opposition, ainsi que l'élection de domicile dans le lieu où doit être célébré le mariage, sont exigées à peine de *nullité* et *d'interdiction de l'huissier qui a signé l'opposition.*

L'absence de la signature de l'opposant rend-elle nulle l'opposition?

634. — L'absence de la signature de l'opposant entraîne-t-elle également la nullité de l'opposition? Nous le pensons, bien qu'aucune loi ne le dise expressément, et qu'il soit défendu, en procédure, de suppléer aux nullités (art. 1030, C. pr.). Dès que la loi exige qu'un acte soit signé par la personne à la requête de laquelle il est fait, la signature devient un élément essentiel, en l'absence duquel cet acte ne saurait exister aux yeux de la loi (2).

Art. 66.

A quelles personnes l'opposition doit-elle être signifiée?

635. — *A quelles personnes doit être signifié l'acte d'opposition.* — Il doit l'être :

1° *Aux parties,* c'est-à-dire, d'une part, au futur époux du chef duquel l'opposition est formée, afin qu'il puisse l'attaquer aussitôt, et en obtenir, s'il y a lieu, mainlevée; d'autre part, à son futur conjoint, intéressé à connaître les obstacles que rencontre son projet de mariage.

2° *A l'officier de l'état civil,* afin qu'il refuse de procéder à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'on lui apporte une mainlevée de l'opposition.

A quel officier de l'état civil doit-elle l'être?

636. — Mais à quel officier de l'état civil l'opposition doit-elle être signifiée? Il se peut qu'il y en ait quatre qui soient compétents pour célébrer le mariage : auquel d'entre eux faut-il signifier l'opposition? La loi ne le dit pas. Il faut ici appliquer ce que nous avons dit de l'élection de domicile. Si les publications indiquent la commune où le mariage sera célébré, il suffit que l'opposition soit signifiée à l'officier de l'état civil de cette commune. Dans l'hypothèse contraire, elle peut l'être valablement à l'un ou à l'autre des officiers des différentes communes où le mariage peut être célébré. La signification faite à l'un d'eux seulement est pleinement suffisante : car celui d'entre eux qui sera appelé à célébrer le mariage, ne devant procéder à la célébration que sur le vu

(1) Comp MM. Demol., t. I, n° 156, et Laurent, t. II, n° 391.

(2) Dem., t. I, p. 346; Marc., sur l'art. 176. — L'opposant qui ne sait pas signer doit, par acte authentique, charger un fondé de pouvoirs de satisfaire pour lui à cette condition (M. Demol., t. I, n° 154).

d'un certificat *de non opposition* délivré par les officiers des différentes communes où les publications ont été faites (voy. le n° 558, 5°), sera nécessairement averti de l'opposition, s'il en existe une. Toutefois, si l'opposition est formée *après* la délivrance des certificats portant qu'il n'existe point d'opposition, elle doit alors, pour atteindre son but, être signifiée à chacun des officiers qui peuvent être appelés à célébrer le mariage.

637. — *Ce que doit faire l'officier de l'état civil auquel l'opposition est signifiée.* — La loi veut : Art. 67.

1° Qu'il *mette son* VISA *sur l'original de l'exploit d'opposition.* — Ce visa a pour but de prévenir un conflit d'affirmations contraires entre deux officiers publics. L'officier de l'état civil pourrait, en effet, célébrer le mariage, et soutenir ensuite qu'aucune opposition ne lui a été signifiée ; or, son affirmation mériterait tout autant de créance que l'affirmation contraire de l'huissier : car, étant l'un et l'autre officiers publics, leur témoignage a la même autorité aux yeux de la loi. Le visa, apposé par le premier sur l'original que conserve le second, prévient ce conflit (voy. la *Form.* 78).

Que doit faire l'officier de l'état civil auquel elle est signifiée?

— Les parties auxquelles l'opposition est signifiée n'ont point de visa à donner. La loi l'aurait vainement exigé : car, on le conçoit, elles l'auraient toujours refusé. Le conflit dont je parlais tout à l'heure n'est d'ailleurs pas à craindre.

Les parties auxquelles elle est signifiée ont-elles un visa à donner?

2° Qu'il *fasse sans délai une mention sommaire de l'opposition sur le registre des publications,* afin que, s'il vient à égarer la copie qui lui a été signifiée, il ne perde jamais de vue l'existence de l'opposition (voy. la *Form.* 79).

638. — VI. DES EFFETS DE L'OPPOSITION. — L'opposition *légalement* formée, c'est-à-dire dans la forme prescrite par la loi, par une personne ayant qualité, et pour les causes que la loi détermine, a pour effet d'arrêter la célébration du mariage. L'officier de l'état civil qui la reçoit est tenu de la respecter tant qu'on ne lui en rapporte pas la mainlevée : il ne lui est point permis de la juger et de passer à la célébration du mariage, sous prétexte que la qualité légale que l'opposant a prise dans l'exploit est fausse, ou que les motifs légaux qui y sont indiqués ne sont pas sérieux. S'il passe outre, il est passible d'une amende de 300 francs, et de tous dommages et intérêts. Il n'est point relevé de cette peine, même dans le cas où il a été plus tard démontré qu'en effet l'opposant avait pris une fausse qualité, ou que les motifs par lui invoqués étaient sans aucun fondement. Art. 68.

Quels sont les effets de l'opposition?

639. — Mais que décider si l'opposition n'a pas été faite dans la forme prescrite, ou si, étant régulière quant à la forme, elle a été faite à la requête d'une personne qui n'avait point qualité pour la faire, ou enfin si, étant faite à la requête d'une personne autre qu'un ascendant, elle est fondée sur un tout autre motif que ceux qui sont indiqués dans l'article 174? L'officier de l'état civil

Quelles conditions doit-elle réunir pour produire ces effets?

Quid, si elle n'a pas été faite dans la forme légale, ou si, étant régulière quant à la forme, elle a été faite, soit par une personne

qui n'avait pas qualité à cet effet, soit pour toute autre cause que celles qui sont énumérées dans la loi

est-il tenu, même en ce cas, de suspendre la célébration du mariage jusqu'à ce que la mainlevée de cette opposition informe ait été régulièrement consentie ou judiciairement prononcée? S'il passe outre, est-il passible de la double peine établie par notre article 68? L'encourt-il, *alors même que la fausseté et l'irrégularité de l'opposition ont été démontrées?* Là est la question.

Dans notre ancienne jurisprudence, le curé devait, sous sa responsabilité, respecter l'opposition, *si informe qu'elle fût.*

Le droit intermédiaire consacra le principe contraire. « Toutes oppositions, porte la loi du 20 septembre 1792, formées *hors les cas, les formes,* et *par toutes personnes autres que celles qui sont désignées par la loi,* seront regardées comme non avenues, et l'officier public *pourra passer outre au mariage.* »

640. — Lequel de ces deux systèmes a été suivi par le Code? Bien que la plupart des auteurs tiennent pour le premier, je n'hésite pas à dire que c'est le second qui a été consacré. Le principe admis dans notre ancienne jurisprudence devint une cause de scandale et de troubles dans les familles. Ce fut, tout le monde le sait, pour mettre un terme à ces abus, que la loi du 20 septembre 1792 jugea convenable de n'accorder le droit d'opposition qu'à *certaines personnes,* et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, *à certaines causes spécialement déterminées.* Or, le Code a été conçu dans le même esprit (voy. les nos 615, 617 et 618). Dès lors, comment supposer qu'il ait, quant au point en question, reproduit la théorie de notre ancien droit français? Comment croire qu'il ait, frappé des abus qu'entraînait cette théorie, et voulant les faire cesser, reproduit précisément le principe qui lui servait de base? Se peut-il qu'une loi soit inconséquente à ce point? Quoi! le législateur se serait dit : « Le droit *illimité d'opposition* est plein de dangers; faisons-les cesser en le *limitant.* Limitons-le, et quant aux personnes qui pourront l'exercer, et quant aux causes pour lesquelles il pourra l'être. » Puis, à côté de ce système si protecteur de la liberté du mariage, le même législateur, dans la même loi, aurait organisé un système directement contraire, plein d'entraves au mariage! Que l'on considère quelle étrange loi on nous fait! *Certaines* personnes auront *seules* le droit de faire opposition au mariage; toutefois l'opposition formée par *toute autre personne* aura le même effet. N'est-ce pas dire : Le droit d'opposition n'appartient qu'à *quelques-uns;* cependant il appartient *à tous.* Les collatéraux ne peuvent l'exercer que pour *certaines causes;* néanmoins l'opposition, quoique fondée sur *toute autre cause,* sera parfaitement valable! Le droit d'opposition est tout à la fois *limité et illimité!*

On s'appuie, dans l'opinion que je combats, sur le texte de l'article 68 : « En cas d'opposition, y est-il dit, l'officier est tenu de s'abstenir... » Ces expressions, *en cas d'opposition,* sont, dit-on, absolues, générales : elles ne comportent aucune distinction. Donc, toute opposition, de quelque personne qu'elle émane, et

alors même qu'elle n'est pas motivée sur l'une des causes permises par la loi, doit être respectée.

A cela je réponds, avec l'article 1156, qu'il faut, dans l'interprétation des lois, préférer leur esprit, c'est-à-dire l'intention véritable du législateur, au sens littéral des mots.

J'ajoute que les expressions, *en cas d'opposition,* n'ont pas, même grammaticalement parlant, le sens absolu qu'on leur donne : car elles peuvent, au gré du lecteur, s'entendre de *toute opposition*, ou simplement d'*une opposition régulière*. Elles laissent donc indécise la question que nous examinons. Il est vrai que le mot *opposition* n'est pas suivi de l'adjectif *régulière*, qui en limiterait le sens ; mais il n'est pas non plus précédé du mot *toute*, qui l'aurait généralisé.

Nos adversaires font d'ailleurs eux-mêmes des distinctions. Ils n'admettent pas qu'une opposition absolument informe, faite, par exemple, par simple lettre missive, ou pour une cause qui ne constitue ni un empêchement dirimant ni un empêchement prohibitif, puisse rendre l'officier public qui la méprise passible de la double peine établie par l'article 68. Ils reconnaissent donc par là même que les expressions : *en cas d'opposition,* n'ont pas le sens général qu'ils leur donnent.

Ainsi, l'opposition formée par une personne sans qualité à cet effet, ou par une personne ayant qualité, mais en dehors des cas prévus par la loi ou des formes qu'elle a prescrites, n'est qu'une opposition *officieuse,* c'est-à-dire destituée de la sanction pénale que la loi a établie contre les officiers publics qui ne tiennent point compte d'une opposition *légale* (voy. le n° 612) (1).

641. — Au reste, et tout le monde est d'accord sur ce point, le mariage célébré au mépris d'une opposition qui, bien que régulière, n'était pas fondée, est et reste valable, s'il réunit d'ailleurs toutes les conditions nécessaires pour sa validité : l'opposition, par elle-même, et abstraction faite de ses motifs, ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif (voy. le n° 561).

Le mariage célébré au mépris d'une opposition est-il nécessairement nul ?

642. — VII. DE LA MAINLEVÉE DE L'OPPOSITION. — La *mainlevée* est l'acte par lequel l'opposant lève, en renonçant à son opposition, l'obstacle qu'elle apportait au mariage.

Art. 177 à 179.

Qu'est-ce que la *mainlevée* de l'opposition ?

Comment peut-on l'obtenir ?

Ce désistement est *volontaire* ou *judiciaire.*

Le désistement *volontaire* n'est soumis à aucune condition de forme particulière : l'opposant peut donc renoncer à son opposition, soit par acte authentique, soit en notifiant sa renonciation aux parties et à l'officier de l'état civil, soit même en donnant son consentement au mariage (voy. la *Form.* 80).

— Si l'opposant persiste dans son opposition, celle des parties contre laquelle elle a été formée peut s'adresser alors à la

(1) Val., *Cours de Code civil,* t. I, p. 204 et suiv. ; M. Laurent, t. II, n° 396. — *Contra,* MM. Demol., t. I, n° 163 ; Aubry et Rau, t. V, § 456, p. 37, note 1.

justice, qui la maintient ou la rejette suivant qu'elle est ou non régulière et fondée (voy. la *Form.* 77).

— L'officier de l'état civil devra mentionner, en marge de l'inscription de l'opposition, les actes ou les jugements de mainlevée dont une expédition lui sera remise (art. 67) (voy. la *Form.* 81).

Devant quel tribunal doit être portée la demande en mainlevée ?

— Le demandeur en mainlevée d'opposition forme sa demande, à son choix, devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu dans l'opposition, ou devant celui de son domicile ordinaire (voy. les nos 631 et 348).

A quelle procédure est-elle soumise?

— La demande en mainlevée d'opposition requiert célérité. De là cette double conséquence :

1° Elle est dispensée du préliminaire de conciliation (art. 49-2° C. pr.);

2° Le tribunal de première instance doit prononcer sur elle dans les dix jours. Si sa décision est attaquée, le tribunal d'appel doit statuer dans le même délai. Toutefois cette obligation, imposée au tribunal de première instance et au tribunal d'appel, de statuer *dans les dix jours,* doit être entendue avec un certain tempérament. La loi n'a pas voulu dire que le tribunal saisi est tenu, sous sa responsabilité, de statuer par un jugement *définitif* sur le mérite de l'opposition. Elle n'a pas pu, en effet, exiger l'impossible, et il se peut que la cause soit de telle nature qu'elle ne puisse pas être jugée dans un aussi bref délai : tel serait, par exemple, le cas d'une opposition fondée sur l'état de démence du futur époux. Tout ce que la loi exige, c'est que les juges statuent au moins *préparatoirement* dans le délai qu'elle indique.

— Au reste, la demande n'est point périmée, c'est-à-dire anéantie, parce que les juges ne s'en sont point occupés dans le délai légal; seulement, les juges, ayant manqué à leur devoir, peuvent être pris à partie et condamnés à des dommages et intérêts (art. 505 et 506 C. pr.).

Qui diot supporter les frais du procès?

— L'opposant qui succombe doit être condamné aux frais du procès. Toutefois, lorsque l'opposant est l'ascendant, le frère ou la sœur du futur contre le mariage duquel l'opposition avait été faite, la loi, afin de ne pas jeter dans la famille de nouvelles semences d'aigreur, permet au tribunal de compenser les dépens entre les parties plaidantes, c'est-à-dire d'ordonner que celle des parties qui a obtenu la mainlevée de l'opposition supportera en tout ou en partie les frais faits à sa requête (voy. art. 130 et 131 C. pr.).

L'opposant qui succombe peut-il être condamné à des dommages et intérêts?

— L'opposant peut de plus, quand il succombe, être condamné à des dommages et intérêts. L'opposition a pu, en effet, empêcher un mariage légitime; un dommage existe, et il est juste qu'il soit réparé.

Cette règle n'est pas générale, elle ne s'applique qu'aux opposants *autres que les ascendants.* Aucune faute ne leur est imputable; la loi suppose que c'est l'intérêt même de leur enfant qu'ils ont eu en vue et qui les a fait agir.

643. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, qu'il existe entre l'opposition des ascendants et celle des collatéraux trois différences bien marquées :

Quelles différences y a-t-il entre l'opposition des *ascendants* et celle des *collatéraux ?*

1° Les ascendants peuvent motiver leur opposition sur tout empêchement dirimant ou prohibitif; les collatéraux, au contraire, ne peuvent fonder la leur que sur deux empêchements que la loi détermine (voy. les nos 614, 616, 617, 623 et 624);

2° Les ascendants ne sont point tenus d'énoncer dans l'acte d'opposition les motifs sur lesquels ils la fondent; cette indication est, au contraire, obligatoire quand l'opposition est faite à la requête d'un collatéral (voy. le n° 631);

3° Le collatéral qui succombe dans son opposition peut être condamné à des dommages et intérêts; les ascendants, au contraire, en sont affranchis dans tous les cas.

CHAPITRE IV. — Des demandes en nullité de mariage.

15e *Répétition.*

644. — La loi traite dans ce chapitre : 1° des demandes en nullité de mariage (voy. la *Form.* 82); 2° des mariages putatifs; 3° de la preuve des mariages.

Section I. — Des demandes en nullité de mariage.

645. — Généralités. — Sens des mots : mariage nul, mariage annulable. — Le mariage *nul* est celui qui, bien qu'il ait paru se former, n'a réellement aucune existence légale. Ce n'est pas seulement un mariage *imparfait* ou *vicieux ;* c'est un mariage *inexistant,* un pur fait destitué de tout effet civil. La nullité dont il est infecté est *absolue* et *perpétuelle*; *absolue,* elle peut être invoquée par toute personne intéressée ; *perpétuelle,* elle peut l'être dans tous les temps, car rien ne peut la couvrir ou la faire disparaître, ni le temps ni la volonté expresse ou tacite des parties.

Qu'est-ce qu'un mariage *nul ?*

646. — Cette nullité *absolue* et *perpétuelle* est appelée par les auteurs *nullité* de droit.

Quelle idée entend-on exprimer quand on dit qu'un mariage est nul *de droit ?*

La formule : *nullité* de droit, rend mal l'idée qu'elle exprime. Ceux qui la rencontrent pour la première fois l'entendent en ce sens que les nullités de cette nature ont lieu *spontanément par la seule force de la loi,* et qu'ainsi elles n'ont pas besoin d'être invoquées et judiciairement établies. C'est une erreur contre laquelle il faut se mettre en garde. Dès qu'il existe un acte matériel de mariage, et que ce titre est invoqué par l'une des parties, celle qui le prétend nul, et qui, en conséquence, veut s'y soustraire, doit s'adresser aux tribunaux, qui, après avoir reconnu qu'il n'existe qu'en apparence, la déclarent libre de tout engagement. A ce point de vue, le mariage n'est jamais nul de plein droit, il y

a toujours un titre et une apparence qu'il faut judiciairement faire détruire : car personne ne peut se faire justice à soi-même.

647. — Ainsi, lorsqu'on dit qu'un mariage est *nul de plein droit* ou *inexistant,* on exprime cette idée, qu'il est nul *pour tout le monde* et *dans tous les temps.*

Pour tout le monde... Toute personne sans distinction, pourvu d'ailleurs qu'elle y ait intérêt, a qualité pour en poursuivre la nullité.

Dans tous les temps... A quelque époque qu'on l'invoque, la partie à laquelle on l'oppose peut toujours le méconnaître. Elle le peut alors même qu'elle a antérieurement renoncé à ce droit. Cette renonciation n'est, en effet, qu'une ratification, et une ratification impuissante : car *ratifier,* c'est réparer ce qui est imparfait, et, dans l'espèce, le mariage n'a aucune existence, pas même une existence imparfaite.

Qu'est-ce qu'un mariage *annulable ?*

647 *bis.* — Le mariage *annulable* est celui qui, à raison d'un vice dont il est infecté, peut être annulé sur la demande de certaines personnes auxquelles la loi confère ce droit, mais qui est susceptible de devenir *valable* par suite d'un fait postérieur, la ratification, c'est-à-dire l'approbation qu'y donnent les personnes qui, seules, avaient qualité pour en faire prononcer la nullité. Ce n'est pas un mariage *valable,* ce n'est pas un mariage *nul* ou *inexistant :* c'est un mariage *imparfait.* La loi le reconnaît et le traite provisoirement comme un mariage valable. La nullité dont il est infecté n'est que *conditionnelle :* la partie dont il blesse l'intérêt a contre lui une action en nullité, qu'elle est maîtresse d'exercer ou d'abandonner. Prend-elle le premier parti : le mariage dont la nullité a été vérifiée et prononcée en justice est à considérer comme s'il avait été nul *a priori.* Prend-elle le second : le mariage est alors tout aussi valable que s'il eût toujours été exempt du vice qui, dans le principe, l'avait rendu imparfait ou annulable.

Quelles différences y a-t-il entre un mariage *nul de droit* et un mariage *annulable ?*

Cette nullité conditionnelle est *relative* et *temporaire.*

Relative... : car le droit de la faire prononcer, au lieu d'être général, est limité à certaines personnes.

Temporaire... : car, si les personnes qui ont le droit de la faire prononcer ne l'exercent pas dans un certain délai, leur inaction constitue une renonciation à leur action, et, par suite, une ratification tacite du mariage.

Combien d'espèces de nullité la loi reconnaît-elle ? Qu'est-ce qu'une nullité *absolue et perpétuelle ?*

648. — Ainsi, 1° mariages *nuls* ou *inexistants,* et, par suite, nullités *absolues* et *perpétuelles*...

Absolues..., elles peuvent être proposées par toute personne qui y a intérêt et par le ministère public.

Perpétuelles..., elles ne se couvrent ni par le temps ni par la ratification.

Une nullité *relative et temporaire ?*

2° Mariages simplement *annulables,* et, par suite, nullités *relatives* et *temporaires*...

Relatives..., elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes que la loi désigne limitativement.

Temporaires..., elles se couvrent par la ratification, c'est-à-dire par la renonciation que font ces personnes au droit introduit en leur faveur.

649. — Entre ces deux extrêmes se place un cas intermédiaire. Nous trouverons, en effet, l'hypothèse d'un mariage dont la nullité est mixte, c'est-à-dire *absolue,* mais *temporaire* (1).

N'y a-t-il pas une nullité qui est *mixte?*

I. *Des mariages nuls ou inexistants. — Nullités absolues et perpétuelles.*

650. — I. Des causes des nullités absolues. — Les nullités de cette nature ont toutes pour fondement la violation d'un principe d'*ordre public :* c'est pour cela qu'elles peuvent être invoquées *en tout temps* et *par toute personne intéressée.* Les causes qui les font naître sont au nombre de sept, savoir :

Quelles sont les causes des nullités absolues?

1° *L'identité de sexe :* car il est de l'essence du mariage qu'il soit formé entre personnes de sexe différent ;

2° *Le défaut absolu de consentement.* Ainsi, lorsqu'une personne atteinte de folie, et, par suite, absolument privée de raison, se marie, le mariage qu'en apparence elle contracte n'a aucune existence légale : il n'existe ni pour ni contre personne, et la nullité peut en être demandée en tout temps. « *Il n'y a point de mariage* sans consentement » (art. 146) ;

3° *L'absence d'une manifestation solennelle du consentement devant un officier de l'état civil* (voy. le n° 593).

651. — Ces trois causes de nullité absolue ne sont point mentionnées dans le chapitre *Des demandes en nullité de mariage ;* mais la raison en est bien simple. La différence de sexe, le consentement et la déclaration solennelle du consentement devant un officier de l'état civil, sont si manifestement de l'essence de l'union conjugale, qu'il est évident qu'en l'absence de l'un de ces éléments, le mariage ne peut point se former, et qu'ainsi il est nul *erga omnes* et *dans tous les temps.*

Le chapitre que nous étudions contient-il toutes les causes de nullité absolue?

Ainsi, quoiqu'il soit de principe qu'il n'y a, en fait de mariage, de nullités que celles qui sont textuellement établies, et que le droit de les invoquer n'appartient qu'à ceux auxquels la loi l'attribue expressément, personne ne doute, bien que la loi ne s'en explique pas, que le mariage contracté soit entre deux personnes du même sexe, soit hors la présence d'un officier de l'état civil, ne soit radicalement nul, et, par conséquent, susceptible d'être attaqué en tout temps et par toute personne intéressée.

Celles qui n'y sont point énoncées peuvent-elles être invoquées par toute personne?

Et ce qui est vrai du mariage contracté hors la présence d'un officier de l'état civil l'est, à plus forte raison, du mariage auquel

(1) Voy. l'art. 185.

les parties, ou l'une d'elles, *n'ont point donné leur consentement.* J'en conclus que, nonobstant le silence de la loi à cet égard, les collatéraux de la personne qui était, au moment de la célébration de son mariage, folle et absolument privée de raison, peuvent, alors qu'ils y ont intérêt, c'est-à-dire lorsqu'elle est morte (voy. le n° 663), faire constater, comme elle le pourrait elle-même si elle était vivante, la nullité de son mariage.

Art. 188.

Le mariage nul pour cause de bigamie devient-il valable après la dissolution du premier mariage ?
La dissolution du premier mariage n'a-t-elle aucun effet sur le second ?

652. — 4° *La bigamie* ou *l'existence d'un premier mariage.* — La nullité du mariage n'est couverte ni par la prescription de l'action pour crime de bigamie, ni par la dissolution du premier mariage. — Toutefois la dissolution du premier mariage aura cet effet important qu'à l'avenir les enfants qui naîtront du second seront *naturels simples,* au lieu d'être *adultérins* (1).

5° *La parenté* ou *l'alliance à un degré prohibé.* — Des dispenses obtenues après coup ne valideraient point le mariage.

Art. 191 à 193.

Quand le mariage est-il nul pour défaut de *publicité ?*
Le défaut des *publications* entraîne-t-il nécessairement le défaut de *publicité ?*

653. — 6° *Le défaut de publicité.* — J'ai déjà dit qu'il ne fallait pas confondre le défaut de *publications* avec le défaut de *publicité.* La *publicité* est un fait complexe, susceptible de plus ou de moins; les *publications* ne sont que l'un des éléments qui concourent à la former (voy., sous les nos 580 et 581, quels autres éléments la composent) : le mariage peut donc, même en leur absence, être environné d'une publicité suffisante pour sa validité. Les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire illimité. La question de savoir si le mariage a reçu ou non une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi est entièrement abandonnée à leur appréciation. Cela résulte clairement de l'article 193, qui veut que la peine de l'amende à laquelle donne lieu le défaut de *publications* soit encourue *alors même que cette irrégularité n'est pas jugée suffisante* pour faire prononcer la nullité du mariage. Ainsi, il n'est point absolument nécessaire que *toutes* les conditions légales de publicité aient été scrupuleusement remplies; il suffit que le mariage ne soit pas entaché du vice de *clandestinité.*

Quid, si le mariage n'a pas été précédé des *publications* prescrites ?

654. — L'absence des *publications* donne lieu à une amende que le procureur de la République doit faire prononcer tant contre l'officier de l'état civil que contre les parties ou contre ceux sous la puissance desquels elles ont agi. Notez, toutefois, que l'amende prononcée contre l'officier de l'état civil est, quant à son *maximum,* invariablement fixée à 300 francs, tandis que celle qu'encourent les parties doit être *proportionnée à leur fortune.* La loi a considéré qu'une amende dont le chiffre serait le même pour toute personne manquerait son but : car elle serait, dans tous les cas, ou trop forte ou trop faible, suivant la fortune du coupable.

Quid, s'il manque de publicité ?
La nullité résultant du défaut de publicité, peut-elle être couverte ?

655. — Quant au *défaut de publicité,* il est sanctionné, non seulement par l'amende dont il vient d'être parlé, mais encore par la nullité du mariage. Cette nullité « ne peut être couverte ni par

(1) On peut consulter, sur le second mariage contracté avant la dissolution du premier, la dissertation publiée dans la *Revue critique de législation* (année 1879, p. 387 et suiv.), par M. Schaeffer, juge au tribunal de Bourgoin

la possession, ni par un acte exprès ou tacite de la volonté des parties » (M. Portalis. Voy. Fenet, t. IX, p. 172).

L'incompétence de l'officier de l'état civil entraîne-t-elle nécessairement la nullité du mariage?

656. — 7° *L'incompétence de l'officier de l'état civil.* — Nous avons vu que la loi laisse à l'arbitrage du juge l'appréciation de la question de savoir si la violation des règles sur la *publicité* est ou n'est pas assez grave pour entraîner la nullité du mariage; ce qui amène cette conséquence, qu'une publicité, *même imparfaite,* peut être jugée suffisante pour sa validité.

En est-il de même de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil? Les juges ont-ils sur ce point, comme sur la question de publicité, un pouvoir discrétionnaire?

La négative est soutenue. La *publicité* et la *compétence* sont deux faits de nature bien différente. Le premier est complexe, plusieurs éléments concourent à le former : l'absence de l'un d'eux peut donc le rendre *imparfait,* sans l'empêcher complètement. Entre la publicité parfaite et le défaut absolu de publicité un intermédiaire existe, la publicité imparfaite, qui peut être jugée suffisante pour satisfaire au vœu de la loi.

La *compétence,* au contraire, est *une.* C'est un fait simple, non susceptible de plus ou de moins : car l'officier de l'état civil est ou n'est point compétent; il n'y a pas de milieu. Or, si par nature la compétence ne comporte point de degrés, si elle n'admet point d'accomplissement *partiel,* les juges sont nécessairement placés dans cette alternative de reconnaître la validité du mariage, en constatant la compétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, ou sa nullité dans le cas contraire (1).

L'affirmative est plus généralement admise. La *compétence* se lie à la *publicité* du mariage. Si, en effet, la loi exige qu'il soit célébré devant l'officier de l'état civil du *domicile de l'une des parties,* c'est surtout afin que les personnes qui ont intérêt à le connaître en soient plus facilement instruites (voy. le n° 581). La question de compétence se trouvant ainsi ramenée à une question de publicité, il appartient aux juges de décider, d'après les circonstances, si la violation des règles qui la régissent suffit ou ne suffit pas pour entraîner la nullité du mariage.

L'article 193 est d'ailleurs formel. Il laisse aux juges un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la violation des *règles prescrites par l'article* 165 est ou n'est pas assez grave pour faire prononcer la nullité; or, les règles prescrites par l'article 165 sont précisément relatives à la *publicité* du mariage et à la *compétence* de l'officier de l'état civil qui doit le célébrer (2).

Ainsi, le mariage peut être déclaré valable, quoique célébré par

(1) Dur., t. II, nos 339 et suiv.; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 193.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 410; *Cours de Code civil,* t. I, p. 277 et suiv.; Dem., t. I, n° 275 *bis*, II; Bug., à son cours; Marc., sur l'art. 193; MM. Aubry et Rau, t. V, § 467, note 18; Zach., t. III, p. 305 et 306; Demol., t. I, n° 298; Laurent, t. II, n° 483.

un officier de l'état civil *autre que celui du domicile de l'une ou de l'autre des parties.*

657. — Mais, bien entendu, il en est autrement lorsque le mariage a été célébré, non par tel ou tel officier *de l'état civil,* mais par un autre officier public absolument incompétent, par exemple, par un notaire, et, à plus forte raison, par un simple particulier. La présence *d'un officier de l'état civil* est, en effet, absolument obligatoire. Sur ce point les juges n'ont point de pouvoir discrétionnaire (voy. le n° 580, 1°). L'État ne reconnaît point les mariages dans lesquels il n'a point été représenté par ses délégués.

Art. 184, 187, 188, 189, 190 et 191.
Par quelles personnes peuvent être proposées les nullités *absolues?*

658. — II. Par quelles personnes peuvent être proposées les nullités absolues. — Les mariages que la loi ne reconnaît pas, les mariages *nuls,* n'existent pour personne. D'où cette première règle : *toute personne a qualité pour en faire prononcer la nullité.*

Mais c'est un principe fondamental de notre droit que l'*intérêt* est la base, la condition essentielle de toute action. Nul n'est admis à agir en justice, s'il n'a un intérêt légitime à faire constater et protéger. D'où ce tempérament à notre règle : *ceux qui n'ont point intérêt à la nullité du mariage n'ont point qualité pour la demander.*

Et, pour être autorisé à la poursuivre, il ne suffit point d'être blessé dans quelque espérance, il faut être atteint *dès à présent* dans un intérêt *né et actuel.*

Donc, en résumé, le droit de proposer les nullités absolues appartient à *toute personne actuellement intéressée,* c'est-à-dire à tous ceux dont les droits, *nés et actuels,* seraient anéantis ou compromis si le mariage qu'ils attaquent leur était opposable.

Ont un intérêt né et actuel à la nullité du mariage : 1° les époux eux-mêmes; 2° l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage; 3° les ascendants; 4° sous une certaine condition, les parents collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage; 5° les créanciers des époux ; 6° le ministère public.

Les époux eux-mêmes peuvent-ils les proposer?
Quid, de l'époux qui a trompé l'autre?

659. — 1° *Les époux eux-mêmes...* Chacun d'eux est intéressé à sortir d'une union que la loi et la société condamnent. La nullité peut donc être proposée *même par l'époux qui a trompé l'autre* en lui cachant l'empêchement qui faisait obstacle au mariage. Ainsi, dans l'hypothèse de la bigamie, la nullité du mariage peut être demandée, non seulement par celle des parties qui s'est mariée de bonne foi, mais encore par la partie coupable, par l'époux bigame. La maxime : *nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem,* n'a pas ici d'application. La faute qu'a commise l'époux coupable ne doit pas avoir pour effet de le forcer à rester dans une union immorale, que sa conscience, aujourd'hui mieux éclairée et plus libre, désapprouve peut-être. Dans l'intérêt même de la société, il importe qu'il puisse réparer le délit qu'il a commis.

Quid, dans le cas de bigamie, si les époux

660. — 2° *L'époux dont le conjoint a contracté un second mariage...* Il a intérêt à agir dès à présent : car son titre d'époux,

toujours subsistant, est méconnu et compromis par le fait seul du mariage qui a été contracté à son préjudice.

bigames prétendent que le premier mariage est nul ou annulable?

Mais, le second mariage n'étant nul qu'autant qu'il existe réellement un mariage antérieur, si les nouveaux époux soutiennent que le premier mariage qu'on leur oppose est nul ou même simplement annulable, et qu'ainsi il ne fait aucun obstacle à la validité de celui qu'ils ont contracté, la validité ou la nullité du premier mariage doit être examinée et jugée *préalablement*. La nullité ou la validité du second dépend de la solution de cette question préjudicielle.

Les ascendants qui ont donné leur consentement au mariage peuvent-ils en poursuivre la nullité?

661. — 3° *Les ascendants*... Ils peuvent demander la nullité, alors même qu'ils ont donné leur consentement au mariage. Cela résulte par *a contrario* de l'article 186, qui établit, *pour un cas spécial* dont nous nous occuperons plus tard, une disposition contraire. La bigamie, l'inceste et la clandestinité du mariage, troublent si gravement l'ordre public, que la loi a dû, afin d'atteindre plus sûrement son but, accorder, même à ceux qui ont favorisé le scandale qu'elle poursuit, le droit d'en demander la cessation.

Ce droit appartient-il *concurremment* c'est-à-dire indistinctement, à tous les ascendants, ou *graduellement*, c'est-à-dire aux uns à défaut des autres?

662. — Mais ce droit appartient-il *concurremment*, c'est-à-dire indistinctement, à tous les ascendants, ou seulement *graduellement*, c'est-à-dire aux uns à défaut des autres? Ainsi, par exemple, lorsque les père et mère gardent le silence, les aïeuls ont-ils qualité pour agir?

Suivant quelques personnes, ce droit est général : il appartient sans distinction à tous les ascendants, aux plus éloignés comme aux plus proches. « Quelle est, disent-elles, la nature de l'intérêt qui lui sert de base? Un intérêt *purement moral !* Il s'agit, en effet, dans l'espèce, du maintien des bonnes mœurs et du bon ordre dans la famille, de son *honneur* en un mot; or, cet intérêt existe pour tout ascendant quel qu'il soit. Donc, etc... » (1).

Suivant l'opinion commune, au contraire, ce droit ne leur est conféré que graduellement, aux uns à défaut des autres, et dans l'ordre suivant lequel la loi les appelle à consentir au mariage ou à y former opposition.

Et, en effet, l'action en nullité conférée aux ascendants a pour base l'honneur de la famille à sauvegarder; c'est afin qu'ils puissent y maintenir le bon ordre et l'élever par ses bonnes mœurs, qu'on leur permet d'agir. Or, ce droit de protéger la famille contre toute atteinte qui pourrait l'amoindrir, de sauvegarder son honneur, n'appartient pas et ne peut pas appartenir sans distinction à tout ascendant; cette magistrature domestique n'appartient et ne peut appartenir qu'aux ascendants les plus proches. Ce n'est qu'à leur défaut qu'elle passe aux ascendants les plus éloignés. Autrement, toute hiérarchie et, par suite, toute discipline seraient dé-

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 461, note 19; Marc., sur l'art. 184; Laurent, t. II, n° 490. — M. Valette a fini par se rallier à cette opinion (*Cours de Code civil*, t. I, p. 256).

truites : le but de la loi serait manqué, l'anarchie serait dans la famille (1).

Art. 187.

Les collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage des époux peuvent-ils poursuivre la nullité du mariage? Quelle différence y a-t-il à cet égard entre les *ascendants* et les *collatéraux ou les enfants nés d'un autre mariage?*

663. — 4° *Les collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage...* Signalons une différence marquée entre les *ascendants* et les *collatéraux.*

Il faut avoir un intérêt *né et actuel* à la nullité du mariage pour être autorisé à la demander.

L'intérêt des *ascendants* naît avec le mariage même : car, dès qu'il existe, la paix et l'honneur de la famille sont compromis. Ils peuvent donc agir *dès à présent.*

Il n'en est pas de même des *collatéraux.* Leur intérêt, au lieu d'être moral, est purement pécuniaire : c'est un *intérêt de succession;* or, par sa nature même, cet intérêt n'existe qu'au *décès* de leur parent. Aussi ne sont-ils point admis à proposer la nullité de son mariage tant qu'il est vivant. Ils ne sont écoutés que lorsqu'ils prétendent recueillir sa succession, à l'exclusion des enfants nés du mariage dont ils demandent la nullité. En d'autres termes, ce n'est point comme *parents,* mais comme *héritiers,* qu'ils ont le droit d'agir.

Et ce qui est vrai des *collatéraux* l'est également, et par la même raison, des *enfants nés d'un autre mariage.* Les uns et les autres ne peuvent point, *du vivant des époux,* troubler leur union et en faire prononcer la nullité.

Ne se peut-il point que les collatéraux ou les enfants nés d'un autre mariage aient, du vivant même des époux, intérêt à faire annuler leur mariage?

664. — Toutefois, s'il ne leur est point permis d'agir du vivant de leur parent, c'est qu'en principe leur intérêt n'existe qu'à son décès. Mais le contraire peut arriver : car, la validité du mariage pouvant intéresser d'autres successions que celle des époux, il se peut que les collatéraux ou les enfants nés d'un précédent mariage aient un intérêt né et actuel à agir dès à présent. Je prends deux espèces :

665. — 1re ESPÈCE. — Mon frère, qui est décédé, a laissé un fils, lequel a des enfants nés d'un mariage incestueux ou entaché de bigamie. Le fils de mon frère renonce à sa succession, ou bien encore, il en est écarté comme indigne : — si ses enfants étaient légitimes, c'est-à-dire si son mariage était valable, la succession de mon frère leur serait dévolue à mon exclusion, car les petits-enfants passent avant le frère du défunt (art. 745). J'ai donc, *quoique mon neveu soit vivant,* un intérêt né et actuel à la nullité de son mariage : car, si je la fais prononcer, je prouverai par là même que ses enfants sont illégitimes et qu'ainsi ils n'ont aucun droit à la succession que je revendique.

666. — 2e ESPÈCE. — *Paul,* qui a des enfants d'un premier mariage, en a contracté un second qui est incestueux ou entaché de bigamie. Des enfants sont nés de ce mariage. L'un des enfants du

(1) Dem., t. I, n° 270 *bis,* I; Bug., à son cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 186; M. Demol., t. I, n° 303.

premier lit meurt sans enfants : — si le second mariage de Paul était valable, la succession de son fils décédé appartiendrait (pour partie) aux enfants du premier lit *concurremment* avec ceux du second (art. 751). Les premiers ont, par conséquent, bien que *leur père soit vivant,* un intérêt né et actuel à demander la nullité de son mariage. Ils peuvent donc la demander dès à présent (1).

Les créanciers des époux peuvent-ils demander la nullité du mariage ?

667. — 5° *Les créanciers des époux*... Ils peuvent avoir intérêt à demander la nullité du mariage, soit pour mettre à l'abri de la rescision telle ou telle obligation que la femme a, sans autorisation, contractée envers eux (art. 217, soit, lorsque le mari est insolvable, pour écarter l'hypothèque légale qu'elle a sur ses biens et en vertu de laquelle elle serait payée avant eux (art. 2121). Cet intérêt suffit-il pour les autoriser à poursuivre la nullité du mariage ?

La négative est soutenue. « Sans doute, dit-on, l'article 184 permet d'agir à tous ceux qui ont un intérêt actuellement ouvert à la nullité du mariage : sa disposition est générale dans ses termes. Mais l'article 187, revenant sur les expressions : *tous ceux qui y ont intérêt,* employées par l'article 184, et les commentant, en limite le sens et la portée. Il précise l'espèce d'intérêt qu'il faut avoir à la nullité du mariage pour être autorisé à la demander : l'intérêt exigé doit consister en *un droit de succession.* Un intérêt quelconque ne suffit donc point ; autrement, et cela serait absurde, l'intérêt le plus minime, quelques centaines de francs compromis, autoriseraient le premier venu à mettre en question la validité du mariage ! »

L'opinion contraire est plus généralement admise. « La règle posée par l'article 184 est, dit-on, absolue, générale : *Toute personne actuellement intéressée à la nullité du mariage peut,* y est-il dit, *la demander*. L'article 187 ne contredit en aucune façon l'article 184. Il ne dit point qu'un *intérêt de succession* peut seul servir de fondement à l'action en nullité ; c'est sur un autre point qu'il s'explique. Sa pensée est celle-ci : lorsque l'intérêt à la nullité du mariage consiste en un droit de succession, il faut, pour qu'on puisse agir, que ce droit soit ouvert par le décès de l'époux du chef duquel on agit » (2). Si d'ailleurs l'intérêt des créanciers

(1) Quelques personnes sont d'un avis contraire. Aux termes de l'art. 371, les enfants à tout âge doivent honneur et respect à leurs père et mère ; or, ce serait manquer à ce devoir et faire ce que la loi défend qu'intenter contre leur père une action de la nature de celle dont il s'agit : donc... (Proud., t. I, p. 440 ; Bug., à son cours ; M. Demol., t. I, n° 307).

L'opinion énoncée au texte m'a semblé préférable. Lorsqu'un mariage est nul, la loi ouvre une action à toute personne actuellement intéressée à le dépouiller de ses effets ; dans l'espèce, cet intérêt existe au profit des enfants : donc, etc. (Dem., t. I, n° 270 *bis*, II). L'exercice de cette action sera peu moral sans doute ; mais la loi a pensé que la morale et l'ordre public seraient plus gravement atteints s'il était permis à des enfants nés d'une union criminelle de l'invoquer provisoirement, à l'effet de s'emparer en partie d'une succession à laquelle ils n'ont aucun droit. Voy. aussi M. Valette, *Cours de Code civil,* t. I, p. 257 et 258, et M. Laurent, t. II, n° 493.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 428, et *Cours de C. civ.,* t. I, p. 257 et 259

est quelquefois minime, il peut être fort grave dans certains cas : faut-il donc alors le sacrifier pour l'honneur d'un mariage criminel?

Art. 190 et 191.

Le ministère public *peut*-il demander la nullité d'un mariage *nul?*

Le *peut*-il ou le *doit*-il?

668. — 6° *Le ministère public, c'est-à-dire la société dont il est le représentant*... L'intérêt qu'a la société à faire cesser dès à présent le scandale et le trouble qu'engendrent les mariages illégitimes ne se démontre pas, tant il est évident! Le ministère public qui la représente *peut* donc agir dès à présent. Mais le *doit*-il? La loi lui accorde-t-elle *une faculté,* ou lui impose-t-elle *un devoir ?*

Lorsque la nullité est fondée sur le *défaut de publicité,* le ministère public *peut* agir pour la faire prononcer, mais *il n'y est pas obligé* (art. 191).

Il en est différemment, suivant l'opinion commune, dans le cas où la nullité a pour fondement l'*impuberté,* la *bigamie* ou l'*inceste.* L'article 190, qui vise ces trois hypothèses, porte, en effet, que le ministère public *peut* et *doit* agir. Ce n'est plus, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 191, une simple *faculté* qu'on lui accorde ; c'est, tout à la fois, un *droit* qu'on lui confère et un *devoir* qu'on lui impose.

Cette différence entre les deux cas n'a d'ailleurs rien d'arbitraire, la nature même des choses l'explique. L'*impuberté* des époux, la *bigamie* et l'*inceste* blessent trop gravement l'honnêteté publique, ils offensent trop ouvertement les bonnes mœurs, pour que la société, si essentiellement atteinte, puisse fermer les yeux. Il n'en est pas de même de la *clandestinité* du mariage. Elle ne porte pas à l'ordre public une aussi grave atteinte. Les circonstances postérieures ont pu d'ailleurs réparer, au moins pour l'avenir, les dangers purement pécuniaires qu'elle porte en elle. La loi a dû, par conséquent, laisser à la prudence du ministère public le soin de peser ce que l'intérêt public exige de sa sévérité (1).

Marc., sur l'art. 184; Demol., t. I, n° 305; Aubry et Rau, t. V, § 461, note 21; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 327; Laurent, t. II, n° 494.

(1) Dem., t. I, n° 272; MM. Bug. et Val., à leurs cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 184. — Ce système a été présenté au Corps législatif par le tribun *Boutteville* (voy. Fenet, t. IX, p. 207 et 208).

M. Portalis, dans son *Exposé des motifs*, paraît admettre le système contraire. « Le ministère public, a-t-il dit, ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire... Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même » (voy. Fenet, t. IX, p. 171). — C'était aussi l'idée de Pothier.

MM. Aubry et Rau, t. V, § 461, note 23, pensent que le système *Boutteville* ne donne pas la véritable pensée de la loi. Le Code, disent-ils, n'a pas entendu retirer au ministère public cette faculté d'appréciation que lui laissent Pothier et Portalis. Le mot *doit,* qui se trouve dans l'art. 190, n'a pas le sens qu'on lui donne. La loi n'a pas voulu dire que le ministère public est *obligé d'agir toujours et quand même.* Sa pensée est celle-ci : le ministère public, à la différence des collatéraux, auxquels l'art. 187 retire cette faculté, *peut* agir *du vivant des époux,* mais il ne le peut que *tant qu'ils vivent.* En d'autres termes, une *faculté* lui est conférée; mais, s'il en use, il *doit* le faire *du vivant des époux :* car, lorsque l'un d'eux est décédé, tout scandale a cessé (*Conf.* M. Demol., I, t. n° 311, et M. Laurent, t. II, n° 495).

— Il est bien entendu, au reste, que le ministère public ne peut et ne doit agir que *du vivant des époux*. En dissolvant le mariage, la mort de l'un des conjoints fait cesser le scandale qu'il causait : la société, dès lors, n'est plus intéressée.

Peut-il agir après la mort de l'un ou de l'autre des époux?

669. — Les nullités absolues que nous venons d'étudier ne sont point, je l'ai dit plusieurs fois, susceptibles de se couvrir ; mais elles peuvent, dans certains cas, être écartées par une fin de non-recevoir tirée d'un motif particulier au demandeur en nullité. Ainsi :

Les nullités absolues ne peuvent-elles pas, dans certains cas, être écartées?

1° Les personnes qui ne sont admises à les proposer que dans un intérêt *purement pécuniaire*, sont non-recevables à le faire lorsqu'elles ont renoncé au droit qui servait de fondement à leur action en nullité ou lorsqu'il est éteint par prescription ;

2° Dans le cas où la nullité a pour cause le défaut de publicité, la possession d'état d'époux légitime constitue pour les époux, *mais pour eux seuls*, une fin de non-recevoir (voy. le n° 712).

§ II. *Des mariages annulables. — Nullités relatives et temporaires.*

670. — Les nullités *relatives* sont au nombre de deux. Elles ont leur fondement soit dans un vice du consentement de l'une ou de l'autre des parties, soit dans l'absence du consentement des personnes sous la puissance desquelles elles étaient quant au mariage.

Combien y a-t-il de nullités *relatives?* En d'autres termes, dans quels cas le mariage est-il *annulable* seulement?

671. — I. Nullité provenant d'un vice du consentement de l'une ou de l'autre des parties. — « Il n'y a point de mariage *lorsqu'il* « *n'y a point* de consentement » (art. 146).

« Le mariage qui a été contracté *sans le consentement libre* des « époux ou de l'un d'eux *ne peut être attaqué que* par les époux « ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

« Nous n'allons pas, dit M. Valette, jusqu'à admettre que, dans notre art. 190, le mot *doit* ait trait seulement à *l'époque* où la demande en nullité est recevable (du vivant des époux) et non à *l'obligation* de la former. Si telle avait été la pensée du législateur, il l'aurait exprimée ; et l'on ne concevrait pas qu'il eût dit : *peut et doit demander la nullité du mariage*, si la demande en ce cas devait être purement *facultative*. Pour nous, le sens naturel de l'article, c'est que le procureur de la République, non seulement *peut* demander la nullité du mariage, mais encore *doit* le faire, au moins en principe, et sauf à user des ménagements convenables. — On objecte que, d'après cette manière de voir, il aurait suffi de dire : *Le ministère public* doit *intenter l'action*, puisqu'évidemment il peut (comme tout autre fonctionnaire) accomplir un devoir que la loi lui impose ; et cette observation est juste au fond. Mais la redondance que présente là-dessus notre article s'expliquera jusqu'à un certain point si l'on se rappelle que le ministère public n'a pas d'ordinaire le droit d'action en matière civile : on comprend que la loi ait indiqué d'abord, en termes exprès, que, dans les cas prévus par l'art. 184, le procureur de la République *peut* intenter l'action, en ajoutant immédiatement que pour lui ce n'est pas une simple faculté, mais un devoir à remplir » (*Cours de C. civ.*, p. 260 et 261).

« Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut « être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en « erreur » (art. 180).

L'art. 146 et l'art 180 supposent-ils les mêmes faits?

Ces deux dispositions ne doivent pas être confondues. Les faits qu'elles prévoient sont différents et distincts, comme les solutions qu'elles contiennent.

L'article 146 suppose l'*absence absolue* de consentement;

L'article 180 prévoit l'hypothèse d'un *consentement imparfait, vicié*.

Qu'arrive-t-il lorsque le consentement fait absolument défaut? *Quid*, lorsqu'il existe, mais affecté d'un vice qui le rend imparfait?

Lorsque le consentement fait absolument défaut, le mariage est *nul* ou *inexistant* (art. 146);

Lorsque le consentement existe, mais infecté d'un vice qui le rend imparfait, le mariage existe, mais infecté d'un vice qui le rend *annulable* (art. 180).

De là toutes les différences que nous avons signalées entre les mariages *nuls* et les mariages *annulables* (voy. les n°s 645 à 649).

Il y a absence complète et absolue de consentement :

Quand y a-t-il absence complète de consentement?

1° Lorsque l'une des parties, au moment où elle a répondu *oui*, se trouvait, soit par l'effet de l'ivresse, soit par l'effet de la démence ou de la folie, entièrement privée de raison (voy. le n° 650, 2°);

2° Lorsque, l'une des parties ayant répondu *non*, l'officier de l'état civil, par erreur ou collusion, a écrit *oui* dans l'acte de célébration qu'il a dressé.

672. — Nous n'avons ici à nous occuper que des *vices du consentement*.

Quels sont, dans les contrats ordinaires, les vices du consentement, et, par suite, les causes d'annulabilité? *Quid*, quant au mariage?

Selon le droit commun, c'est-à-dire quant aux contrats ordinaires, la loi considère comme vices du consentement : 1° la *violence*; 2° l'*erreur*; 3° le *dol* (voy. art. 1109, 1110 et 1116).

Quant au *mariage*, la loi ne cite comme causes d'annulation que le *défaut de liberté* et l'*erreur dans la personne*. Le *dol*, par lui-même, ne constitue donc point en notre matière un vice du consentement. Y a-t-il erreur, *erreur dans la personne* : cette erreur, alors même qu'elle n'est point née de la fraude, vicie le consentement et rend le mariage annulable. Y a-t-il dol, sans erreur dans la personne : le mariage est et reste valable, si blâmables qu'aient été d'ailleurs les machinations pratiquées par l'une des parties contre l'autre, et *alors même qu'il est démontré que sans ces machinations le mariage n'aurait pas eu lieu*.

Pourquoi le *dol* n'est-il point une cause d'annulabilité du mariage?

Ce système blessera l'équité, dans quelques cas particuliers; mais la sécurité des familles l'a rendu nécessaire. Il arrive souvent que les parties, trompées dans des illusions qu'elles s'étaient faites, regrettent leur liberté; or, si le dol eût été une cause d'annulabilité du lien qu'elles ont formé, elles n'eussent point manqué de se dire victimes de quelque surprise ou machination. Peu d'entre elles eussent réussi, sans doute; mais ces attaques auraient compromis la solidité du mariage et jeté le trouble dans la société.

Le défaut de liberté

673. — *Du défaut de liberté*. — Le consentement nécessaire pour

la parfaite validité du mariage doit être *librement donné*. La violence détruit la liberté en inspirant la crainte : la violence fait donc obstacle à la parfaite validité du mariage.

est-il absolument destructif du consentement?

Toutefois, celui qui consent par crainte consent néanmoins, puisque entre deux maux qu'il redoute il choisit le moindre, ce qui suppose un acte réfléchi de sa volonté : *Qui mavult vult*. Le consentement qu'il donne n'est point libre, sans doute : un vice l'infecte, qui le rend *imparfait*. Mais enfin, tout vicieux qu'il est, il existe : *Coacta voluntas, sed voluntas*.

La violence n'est donc pas absolument destructive du consentement : le mariage qu'elle détermine n'est point *nul*, par conséquent.

Elle ne fait que vicier le consentement ou le rendre imparfait : le mariage dans lequel elle se rencontre n'est, par conséquent, qu'*annulable* (voy., à ce sujet, l'explic. des art. 1111 et 1115) (1).

La violence rend-elle le mariage *nul* ou simplement *annulable?*

674. — *De l'erreur sur la personne.* — Le mariage infecté de cette espèce d'erreur n'est pas valable. Mais quand y a-t-il *erreur sur la personne ?* Cette espèce d'erreur n'existe-t-elle qu'au cas où l'on a épousé une femme qui *physiquement* n'est pas celle qu'on a voulu épouser ? A-t-elle lieu lorsqu'on ne trouve point dans la personne qu'on a épousée *les qualités* qu'on pensait qu'elle avait? En d'autres termes, la loi entend-elle parler de l'erreur sur l'*indi-*

L'erreur *dans la personne* n'empêche-t-elle pas le mariage de valoir?

De quelle erreur la loi entend-elle parler?

Est-ce de l'erreur sur l'*individu*, c'est-à-dire sur la personne *physique*, ou de l'erreur sur les qualités de la personne *civile* ou *sociale ?*

(1) La *violence* est-elle le seul fait qui soit, aux yeux de la loi, destructif de la *liberté du consentement ?* Je ne le pense pas. La loi parle en termes généraux : elle pose le principe de l'annulabilité du mariage par le *défaut de liberté*, sans indiquer la nature et le caractère des faits qui peuvent constituer ce vice du consentement. Le mariage est donc annulable dès que le consentement de l'une des parties n'a pas été donné *librement*, quelle que soit d'ailleurs la cause qui a altéré sa liberté. Ainsi, lorsque l'une d'elles était atteinte de folie quand elle s'est mariée, son mariage est *nul*, ou *annulable* seulement, suivant la gravité de son état, c'est-à-dire suivant que sa folie a été destructive du *consentement lui-même*, ou simplement destructive de la *liberté du consentement* (Dem., t. I, p. 359).

— Mais je n'irai point jusqu'à dire que la *séduction* est *légalement*, de même que la violence ou la folie, un vice du consentement, et, par suite, une cause d'annulabilité du mariage. Je reconnais pourtant 1° qu'elle peut, dans certains cas et philosophiquement parlant, porter atteinte à la liberté du consentement; 2° qu'en principe, toute cause destructive de la liberté du consentement rend le mariage annulable. Mais à ce principe j'apporte ce tempérament : le défaut de liberté, *lorsqu'il résulte d'un fait toléré par la loi*, n'est point une cause d'annulation du mariage. Or, la loi *tolère la séduction*, puisqu'elle tolère le *dol!*

Ainsi, de deux choses l'une :

La *séduction* dont se plaint l'une des parties a-t-elle été honnête et loyale : personne assurément n'admettra que cette partie ne s'est point mariée librement.

A-t-elle été coupable, c'est-à-dire environnée d'artifices que la morale condamne, de machinations frauduleuses : elle se confond alors avec le *dol*, et le dol ne vicie point le consentement.

Voy., en sens divers, Toull., t. I, n° 511; Marc., sur l'art. 180; Dur., t. II, n° 54; MM. Demol., t. I, n° 250; Aubry et Rau, t. V, § 462, notes 1 et 2; Laurent, t. II, nos 301 et 302.

vidu, c'est-à-dire sur la *personne physique*, ou bien de l'erreur sur les *qualités civiles* de la personne, c'est-à-dire sur la *personne civile ou sociale?* Cette question est fort controversée. Voici, en résumé, les systèmes auxquels elle a donné lieu.

675. — PREMIER SYSTÈME. — *L'erreur sur* L'INDIVIDU, *c'est-à-dire sur l'identité physique de la personne, constitue seule* L'ERREUR SUR LA PERSONNE; *elle seule fait obstacle à la validité du mariage. La loi ne tient aucun compte de l'erreur qui ne tombe que sur les* QUALITÉS *de la personne.* — Il y a erreur *sur la personne* lorsqu'on épouse une personne qui *physiquement* n'est pas celle qu'on croyait épouser. J'ai l'intention d'épouser *Marie ;* une autre femme, qui a même nom, même taille, même voix, et dont le visage est couvert d'un voile, prend sa place devant l'officier de l'état civil, qui, trompé ou complice, me demande si je consens à épouser Marie ici présente : je réponds affirmativement. Voilà *l'erreur dans la personne !*

Il y a erreur *sur les qualités* lorsque la personne qu'on a déclaré vouloir prendre pour épouse, étant d'ailleurs physiquement celle qu'on voulait épouser, n'a pas les qualités qu'on croyait qu'elle avait. J'ai voulu épouser Marie, et physiquement c'est bien Marie que j'ai épousée. Mais je l'ai crue *bien portante,* et elle était atteinte d'une maladie mortelle et héréditaire; *vertueuse,* elle s'était prostituée; *noble,* elle ne l'était pas. Voilà *l'erreur sur les qualités!*

Ces deux espèces d'erreur sont donc parfaitement distinctes. L'ancien droit ne les confondait pas. Pothier en traitait même dans deux paragraphes différents. La première, l'erreur *sur la personne,* rendait le mariage *nul;* la seconde, l'erreur *sur les qualités,* le laissait subsister.

Or, qu'a fait le Code ? a-t-il attaché la nullité du mariage, non seulement à l'erreur *sur la personne,* mais encore à l'erreur *sur les qualités?* Non! L'article 180 n'a trait qu'à l'erreur *sur la personne ;* il n'y est nullement question de l'erreur *sur les qualités*. Donc, etc.

Cette interprétation est confirmée en ces termes par M. Portalis, dans son *exposé des motifs :* « L'erreur, en matière de mariage, ne s'entend point d'une simple erreur *sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne* à laquelle on s'unit; mais d'une erreur qui a pour objet la *personne même*. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul » (Fenet, t. IX, p. 167).

Ainsi, point de nullité si j'ai épousé Marie, la croyant *noble,* tandis qu'elle est de la plus basse roture, ou la croyant *vertueuse,* tandis qu'elle s'est prostituée, ou *de bonne renommée,* quoiqu'elle ait été flétrie par la justice (Poth., n° 310).

— Ce système est aujourd'hui universellement abandonné. Je dirai tout à l'heure les motifs qui l'ont fait rejeter (voy. le n° 676).

676. — SECOND SYSTÈME. — *L'article 180 traite tout à la fois de l'erreur sur la personne physique et de l'erreur sur certaines qualités essentielles dites* CONSTITUTIVES DE LA PERSONNALITÉ CIVILE. — Et, en effet :

1° Si l'article 180 n'avait trait qu'à l'erreur *sur l'identité physique* de la personne, sa disposition se trouverait à peu près inutile et sans objet, puisqu'elle serait restreinte à une hypothèse si difficilement réalisable, qu'on n'en peut trouver qu'un seul exemple dans l'histoire, celui de Jacob, qui, voulant épouser Rachel, épousa Lia. Or, il ne se peut pas que les rédacteurs du Code, esprits si éminemment positifs et pratiques, n'aient visé qu'une pure abstraction !

2° Aux termes de l'article 181, l'époux induit en erreur a, pour intenter son action en nullité, six mois à compter du jour *de la découverte de son erreur.*

Ce délai fut critiqué au Conseil d'Etat. A quoi bon, fit-on remarquer, un délai aussi long ? L'erreur sur *l'identité physique* de la personne n'est pas de nature à se prolonger après la célébration du mariage : elle sera toujours *immédiatement* découverte.

On le maintint cependant. Ce délai, fut-il répondu, est nécessaire : car, comme il s'agit non seulement de l'erreur *sur l'identité physique,* mais encore de l'erreur *sur l'identité morale ou civile* de la personne, l'époux trompé en a besoin pour s'assurer, par des informations et des recherches, s'il a été effectivement induit en erreur (Fenet, t. IX, p. 43 et 85). — Quoi de plus formel ?

3° Le tribunal de cassation avait proposé de substituer les mots *erreur sur l'individu* aux mots *erreur dans la personne.*

L'*individu,* c'est l'homme considéré dans l'ordre purement physique ou naturel ; *la personne,* c'est l'homme considéré au point de vue des qualités qui le *personnalisent* dans l'ordre civil (voy. le n° 97).

Si donc le Code eût accepté la substitution qui lui était proposée, il eût été alors vrai de dire que l'erreur sur *l'individu,* c'est-à-dire sur la *personne physique,* fait seule obstacle au mariage ; or, il l'a rejetée ! Donc l'erreur sur la personne, c'est-à-dire sur l'individu considéré au point de vue des qualités qui le personnalisent dans l'ordre civil, est une cause de nullité aussi bien que l'erreur sur *l'individu* ou la personne physique.

Ainsi, et c'est un point admis aujourd'hui, l'erreur sur la *personne civile,* c'est-à-dire sur les qualités de l'individu qu'on épouse, vicie le consentement et rend le mariage annulable. Toutefois, ce principe doit être entendu avec mesure. Il ne faut pas croire, en effet, que *toute erreur de qualité* soit une cause de nullité du mariage. L'erreur dont parle la loi est celle qui porte sur les qualités constitutives de la personnalité civile. « Tout individu, disait au Conseil d'Etat M. Thibaudeau, a des qualités essentielles qui constituent son existence et le *personnalisent.* C'est dans ce sens que le mot *personne* a toujours été pris. » Mais,

comme il s'agit ici du mariage, et qu'il faut entendre *secundum subjectam materiam* les mots dont la loi s'est servie, les qualités constitutives de la personne sont en cette matière celles qui, rendant l'individu propre au mariage, en font une personne MARIABLE.

Par exemple, la personne qui, *à son insu,* a épousé un individu atteint d'*impuissance,* peut faire annuler son mariage : car l'individu qu'elle a épousé, manquant de la qualité qui donne l'aptitude au mariage, n'a point la personnalité qu'elle avait cru trouver en lui.

Il faut en dire autant de la personne *catholique* qui, par erreur, a épousé un *prêtre* ou tel autre individu ayant fait un vœu solennel de continence : car, quant à elle, et selon sa conscience, cet individu est *moralement incapable de remplir le but du mariage* (1).

Hors ces cas, l'erreur sur les qualités physiques, civiles ou morales, laisse subsister le mariage. J'ai épousé Marie. Je la croyais fille d'un tel, elle était la fille d'un autre. Je l'ai crue fille légitime, elle ne l'était pas; honnête, c'était une prostituée; de bonne renommée, elle avait été flétrie par une condamnation infamante... : mon mariage est valable et je le dois subir.

677. — TROISIÈME SYSTÈME. — Il se formule en deux propositions :

1° L'article 180 ne vise point l'erreur *sur la personne physique, sur l'individu;* cette hypothèse appartient à l'article 146. Quand il y a erreur sur *la personne physique,* le mariage n'est pas *annulable* seulement; il est *nul* ou *inexistant.* On sait, en effet, que le mariage est radicalement nul lorsqu'il y a eu de la part de l'une des parties *absence absolue de consentement;* or, lorsque, voulant épouser *Marie,* que je connais et que je crois à mes côtés devant l'officier de l'état civil, j'ai dit : *oui,* tandis que c'était *Jeanne* qui, à mon insu, avait pris la place de *Marie,* il est clair qu'il n'y a eu de ma part aucun consentement à prendre *Jeanne* pour épouse, et partant qu'il n'y a point de mariage, conformément au principe doctrinal de l'article 146.

2° L'article 180 ne vise et ne règle que l'erreur *sur la personne civile* ou *sociale,* c'est-à-dire *sur les qualités de l'individu* auquel on consent à s'unir. Dans ce cas, il y a consentement, car la personne que j'ai déclaré prendre pour épouse est bien physiquement celle à laquelle je songeais et à laquelle je voulais m'unir, mais consentement vicié, puisqu'il a été déterminé par des qualités que je lui croyais et qu'elle n'avait pas. Dès lors mon mariage est *annulable.*

Quant à la question de savoir quelles sont les qualités dont l'absence peut entraîner la nullité du mariage lorsqu'elles n'existent pas dans l'époux chez lequel on croyait les rencontrer, c'est

(1) Si, comme l'admet la Cour de cassation (voy., ci-dessus, n° 564), la prêtrise constitue un empêchement dirimant, le mariage contracté par un prêtre est nu même indépendamment de toute erreur de l'autre partie.

une pure question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. La loi, en effet, n'en détermine aucune. Sa formule est absolue : *l'erreur dans la personne* entraîne la nullité du mariage; or, qu'est-ce que l'erreur *dans la personne,* si ce n'est l'erreur qui tombe sur les *qualités* de l'individu auquel on s'unit? Peu importe donc la nature de la qualité sur laquelle on a été trompé! Il suffit que l'erreur qu'on a subie ait altéré essentiellement le consentement. Ce n'est pas une question de *droit,* c'est une question de *fait.*

Ainsi, j'ai épousé la fille de Paul, croyant épouser la fille de Jacques...; je l'ai crue enfant légitime, c'était une enfant naturelle...; honnête, et elle s'était prostituée... Une femme, qui est catholique, a épousé un prêtre qui l'a trompée sur son caractère...; elle a épousé un homme qu'elle croyait de bonne renommée, c'était un forçat libéré... Y a-t-il lieu à nullité dans ces divers cas? Les juges décideront suivant les circonstances!

678. — En résumé :

Premier système. — L'article 180 ne vise et ne règle que l'*erreur sur la personnephysique*. Le mariage qui en est infecté n'est qu'*annulable :* la personne trompée peut seule en demander la nullité, et pendant un certain temps seulement.

Second système. — L'article 180 prévoit : 1° l'erreur sur la *personne physique;* 2° l'erreur sur la *personne civile,* c'est-à-dire l'erreur sur les qualités constitutives de la personnalité *au point de vue du mariage*. Dans l'un et l'autre cas, le mariage n'est qu'*annulable.*

Troisième système. — L'erreur sur l'individu ou sur la personne physique, et l'erreur sur la personne civile, c'est-à-dire sur les qualités de l'individu, sont distinctes et ne doivent pas être confondues.

La première rentre dans l'application de l'article 146. Elle rend le mariage *nul :* la nullité peut donc en être demandée en tout temps et par toute personne intéressée, par celle-là même des parties qui a trompé l'autre.

La seconde est régie par les articles 180 et 181. Elle n'empêche pas le mariage de se former, elle ne fait que le rendre *annulable :* la nullité n'en peut donc être demandée que pendant un certain temps et seulement par l'époux induit en erreur.

La question de savoir dans quel cas l'erreur sur les qualités peut entraîner la nullité du mariage est abandonnée à la sagesse des tribunaux, qui jugent, suivant les circonstances, si elle a essentiellement altéré le consentement de la partie qui l'a subie. C'est une pure question de fait (1).

(1) Consultez, sur cette grave difficulté de l'erreur, Merlin, *Rép.*, v° Empêch. de mar., sect. 5, art. 1er, n° 4; *Quest. de droit*, v° Mariage, § 9; Toull., t. I, n° 521; Dem., t. I, n° 262 *bis*, III, et t. II, n° 7 *bis*, VI; Marc., sur l'art. 180; Dur., t. II, nos 55 et suiv.; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 134; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 392 et suiv.; *Explic. somm.*, p. 106; *Cours de Code civil*, t. I, p. 226

Art. 181.

Quelle est la nature de la nullité résultant de la violence ou de l'erreur sur la personne

679. — *Des personnes auxquelles appartient le droit de faire annuler le mariage infecté de violence ou d'erreur.* — *De la ratification du mariage annulable pour l'une ou l'autre de ces deux causes.* — La nullité résultant du défaut de liberté ou de l'erreur dans la personne est simplement *relative* et *temporaire.*

et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. V, § 462, p. 66 et suiv.; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Demol., t. I, n[os] 251 et suiv.; Labbé, *Journal du pal.*, année 1860, p. 241; Laurent, t. II, n[os] 290 et suiv.

Voici quelle serait, après bien des perplexités, ma solution sur ce point :

1° Les art. 180 et 181 s'appliquent aussi bien à l'erreur sur la personne physique qu'à l'erreur sur la personne civile. Dans l'un et l'autre cas, le mariage n'est qu'*annulable :* ainsi, la nullité n'en peut être demandée que par la personne induite en erreur (art. 180) et pendant un certain temps seulement (art. 181.)

« Mais, dit-on, l'erreur sur la personne physique est entièrement destructive du consentement; là où le consentement manque absolument, il n'y a point de mariage (art. 146), il n'y a rien! Or, un mariage inexistant n'est point susceptible d'être vivifié, validé après coup: on ne ratifie point le néant! Donc l'erreur sur la personne physique rend le mariage *nul*, nul à perpétuité et à l'égard de toute personne. »

Cette argumentation est parfaitement juste, au point de vue des principes et selon la logique rigoureuse du droit abstrait. Mais les rédacteurs de notre Code se sont peu préoccupés de la pureté scientifique de leur œuvre; ils n'avaient même, il faut le dire, que des idées fort confuses sur la théorie des contrats nuls et des contrats annulables. Ce serait donc s'égarer que de vouloir se montrer plus rigoriste ou plus savant qu'ils ne l'ont été. Prenons la loi telle qu'ils l'ont faite. Or, les discussions qui ont eu lieu au Conseil d'Etat sur les art. 146, 180 et 181, montrent clairement qu'en définitive, après quelques controverses sur ce point, et nonobstant les efforts du premier Consul, qui voulait qu'on distinguât les deux cas, ils ont confondu sous une seule formule l'erreur qui tombe sur l'*individu* et celle qui ne tombe que sur *ses qualités.* Ainsi, lorsqu'on discuta la règle que la nullité pour cause de violence ou d'erreur ne peut être utilement demandée que dans les six mois à compter de la cessation de la violence *ou de la découverte de l'erreur,* un membre fit cette objection : « qu'il ne faut pas *six mois* pour connaître *physiquement* la supposition de personne, et que, s'il s'agit d'une erreur morale, il est difficile de fixer un terme à sa reconnaissance... » On y répondit en faisant observer que la règle proposée concernait *tout à la fois* et l'erreur sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile (Fenet, t. IX, p. 43).

Si la loi n'avait entendu viser que l'erreur sur la personne physique, elle eût parlé de l'erreur sur *l'individu.* Si elle n'avait eu en vue que l'erreur sur la personne civile, elle eût parlé de l'erreur sur les *qualités* de la personne. Or, elle n'a employé ni l'une ni l'autre de ces formules *restrictives.* La formule qu'elle a préférée (*l'erreur dans la personne*) est générale et absolue dans ses termes ; elle embrasse tout à la fois l'erreur sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile.

Enfin je trouve dans la loi même, dans l'art. 1340, rapproché de l'art. 1339, la preuve qu'un contrat, *quoique nul,* peut, par exception et contrairement aux principes du pur droit, recevoir une ratification postérieure.

2° L'erreur sur la personne *civile* ou *sociale,* comme l'erreur sur la personne *physique,* rend le mariage annulable, je le reconnais. Mais il m'est impossible d'admettre que toute erreur sur les qualités puisse, *au gré de la justice,* constituer ce que la loi appelle *l'erreur dans la personne.* Ce pouvoir discrétionnaire, absolu et sans limites, est trop essentiellement contraire à l'institution du mariage pour qu'on puisse l'induire d'un texte qui ne le renferme pas expressément. Il en fut question au Conseil d'Etat; mais ce fut par une simple observation, à laquelle personne ne s'arrêta.

RELATIVE. — Elle ne peut, en effet, être proposée que par celui des époux qui a été violenté ou induit en erreur. Que s'ils ont été l'un et l'autre violentés, ou l'un et l'autre induits en erreur, l'action en nullité leur appartient concurremment; mais elle n'appartient qu'*à eux*.

Quelles personnes ont le droit de la demander?

La loi l'attache à leur qualité d'*époux*. Or, cette qualité étant *intransmissible* aux héritiers, dès que meurt l'époux investi de l'action, l'action s'éteint avec lui; et il en est ainsi, quoiqu'il soit mort avant d'avoir découvert son erreur (1), et même, suivant quelques personnes, quoiqu'il l'ait intentée lui-même, s'il est mort *pendente lite* (2).

Quid, s l'époux violenté ou induit en erreur meurt avant d'avoir intenté son action en nullité?

Quid, si, après l'avoir intentée, il est mort *pendente lite?*

Je serais porté à croire qu'il n'existe qu'une seule qualité susceptible de constituer, par son absence, l'erreur dans la personne civile. Cette qualité essentielle est celle qui personnalise l'individu dans la famille et dans la société, qui, le distinguant civilement des autres individus, constitue son état principal et civil; c'est, en autres termes, *l'origine qui le rattache à telle ou telle famille.* J'ai l'intention d'épouser Marie, que je n'ai jamais vue ; je sais seulement qu'elle est la fille de Paul, dont je recherche l'alliance, soit à cause de la célébrité de son nom et de l'honorabilité de sa famille, soit à cause des relations d'amitié qui l'unissent à moi. Une autre Marie se présente, et à l'aide de faux titres elle parvient à me faire croire qu'elle est la fille de Paul, avec laquelle j'ai l'intention de m'unir : mon mariage est entaché d'erreur. Mon erreur ne porte point sur la personne physique : car j'ai vu et connu, avant de l'épouser, la femme qui m'a trompé. Elle porte sur une qualité que j'ai cru que cette femme avait, et qu'en réalité elle n'avait pas : je l'ai crue fille de Paul, tandis qu'elle était la fille d'un autre. La qualité sur laquelle j'ai été trompé constitue, dans la société, la personnalité de la femme qui s'est *substituée* au lieu et place de celle que je croyais épouser. Il y a eu, civilement et socialement parlant, *substitution d'une personne à une autre*, et, par conséquent, *erreur dans la personne.*

Que si, au contraire, je n'ai été trompé ni sur l'identité physique, ni sur l'origine de la femme que j'ai épousée, il n'y a plus place alors pour l'erreur *dans la personne.* J'ai cru honnête la femme que j'ai consenti à prendre pour épouse, elle s'était prostituée; je l'ai crue de bonne renommée, elle avait été flétrie par la justice. J'ai été induit en erreur, sans doute; mais l'erreur que j'ai subie ne constitue point une erreur *dans la personne :* car je n'ai été trompé ni sur la personne physique ni sur la personne civile de la femme à laquelle je me suis uni. Il n'y a plus *substitution d'une personne à une autre.* Mon erreur n'a porté que sur une qualité tout accidentelle, et à laquelle la loi n'attache pas la personnalité de l'individu. La femme que j'ai épousée est donc bien physiquement et civilement celle que je voulais épouser.

En résumé, il y a erreur dans la personne civile lorsqu'on est trompé sur l'état principal et civil de l'individu, c'est-à-dire lorsqu'on l'a épousé parce qu'on le croyait de telle famille, tandis qu'il appartient à telle autre.

Telle était la doctrine de l'ancien droit; telle est, je crois, celle que le Code a entendu consacrer. Toutes les fois qu'on a, au Conseil d'Etat, ou ailleurs, parlé de l'*erreur de qualité*, de l'erreur *dans la personne*, on a constamment cité le cas où l'on épouse la fille ou le fils d'un autre père que celui avec lequel on croyait s'allier (voy. Fenet, t. IX, notamment les p. 46, 100, 103, 105, 106).

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt des Chambres réunies, du 24 avril 1862 (Sir., 62, I, 341).

(1) Dem., t. I, n° 262 *bis*, V; Dur., t. II, n° 270; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 433; *Explic. somm.*, p. 107; *Cours de Code civil*, t. I, p. 238; Bug., à son cours; MM. Aubry et Rau, t. V, § 462, note 16; Demol., t. I, n° 258; Laurent, t. II, n° 449.

(2) Marc., sur l'art. 180; M. Laurent, t. II, n° 450. — Mais *contra*, Dem., t. I,

La nullité résultant de la violence ou de l'erreur sur la personne peut-elle être couverte?

Temporaire. — Elle peut être, en effet, couverte par une ratification postérieure. La loi voit une ratification tacite dans le fait d'une *cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a recouvré sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.*

Par quel laps de temps et à quelle condition l'est-elle ?

Remarquons que ce n'est pas au laps de temps de six mois, indépendamment de la cohabitation, mais à la cohabitation continuée pendant six mois, que la loi attache la non-recevabilité de l'action. Concluons-en qu'elle est recevable même après six mois, lorsque les époux n'ont point, pendant ce temps, demeuré, cohabité ensemble.

Est-elle, *dans le cas de non-cohabitation,* recevable même après trente ans?

680. — Mais le sera-t-elle, dans le cas de non-cohabitation, même après dix, même après trente ans ? La question est controversée. Quelques personnes pensent qu'après dix ans l'action est prescrite, conformément à l'article 1304 ; d'autres sont d'avis qu'elle dure trente ans, conformément au principe général consacré par l'article 2262. Nous croyons, avec Demante, qu'elle est imprescriptible par quelque laps de temps que ce soit. L'action en nullité du mariage est une action *relative à l'état,* et les actions de cette nature sont, du moins en général, imprescriptibles (art. 328 et 2226). La loi s'est d'ailleurs expliquée. Elle déclare l'action non recevable lorsque l'époux auquel elle appartient *a cohabité avec son conjoint pendant six mois.* Cette exécution volontaire du contrat implique une renonciation libre et éclairée au droit qu'il avait de le faire annuler. Mais lorsqu'il refuse toute cohabitation, son silence, si long qu'il soit, implique plutôt un désaveu énergique et constant qu'une approbation du contrat vicieux qu'on lui oppose (1).

La grossesse de la femme survenue avant l'expiration des six mois de cohabitation fait-elle obstacle à l'action en nullité?

681. — La loi caractérise spécialement le fait (la cohabitation pendant six mois) auquel elle attache la ratification *tacite ;* aucun autre fait ne peut lui être assimilé. Ainsi, la grossesse de la femme survenue avant l'expiration des six mois de cohabitation ne fait pas obstacle à l'action en nullité. Si c'est la femme qui est demanderesse, sa grossesse ne prouve rien, car peut-être n'a-t-elle cédé à son mari que par crainte ou obsession : la cohabitation continuée pendant six mois peut seule lever le doute. Que si elle est défenderesse, sa grossesse est encore bien moins probante, car peut-être cette grossesse n'est-elle pas l'œuvre du mari : la femme a pu, en effet, chercher dans l'adultère le moyen d'échapper à l'annulation de son mariage.

Le mariage infecté de violence ou d'erreur peut-il, *indépendamment d'une cohabitation continuée pendant six mois,* être validé par une ratification *expresse?*

682. — On s'est demandé si la ratification formelle, *expresse,* faite conformément au principe général de l'article 1338, serait suffisante, *même en l'absence d'une cohabitation continuée pendant six mois,* pour valider le mariage. L'affirmative est généralement admise. « Si, dit-on, la loi s'est occupée spécialement de la ratification *tacite,* c'est qu'il était nécessaire de préciser les caractères du

n° 262 *bis*, V ; MM. Demol., t. I, n° 259 ; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 17 ; Val., *Explic. somm.*, p. 107.

(1) Voy. aussi, en ce sens, Val., *Cours de Code civil*, p. 237.

fait auquel elle entendait attacher la ratification : le silence prolongé de l'époux violenté ou induit en erreur suffirait-il, indépendamment de toute cohabitation, pour constituer une ratification tacite? la cohabitation continuée pendant quelques jours, pendant un, pendant deux... mois, serait-elle suffisante? Des doutes étaient possibles! Il fallait les lever. La loi a donc dû s'expliquer sur ces points; mais, en les réglant, elle n'a pas entendu exclure le droit commun, c'est-à-dire la ratification expresse » (1).

683. — II. Nullité résultant du défaut de consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas ou le consentement était nécessaire. — Cette nullité, de même que la précédente, est *relative* et *temporaire*. Art. 182 et 183.

Quelle est la nature de la nullité résultant du défaut de consentement des pére et mère, des ascendants ou du conseil de famille?
Quelles personnes ont le droit de la demander?

Relative... La loi désigne, en effet, limitativement les personnes qui peuvent la proposer. Ces personnes sont :

1° *Celui des époux qui, ayant besoin du consentement de ses père et mère, de ses ascendants ou de son conseil de famille, ne l'a pas obtenu.* — Le droit de provoquer lui-même la nullité du mariage qu'il a contracté au mépris de l'autorité de sa famille paraît mal se concilier avec la faute qu'il a commise. Mais la loi a dû considérer que sa faute était née de sa faiblesse; qu'entraîné et séduit, il n'a pu résister aux influences dont l'ont environné ceux qui ont abusé de son inexpérience.

684. — 2° *Ceux dont le consentement était requis...* L'action en nullité que la loi leur confère est tout à la fois, d'une part, la sanction nécessaire de leur autorité, qui sans elle resterait trop souvent impuissante et illusoire; d'autre part, un moyen de protection pour l'enfant, qui, sous l'empire d'une séduction prolongée, pourrait se trouver dans l'impuissance d'agir lui-même.

A quels ascendants appartient cette action en nullité?

La nullité ne peut être proposée que par *ceux dont le consentement était requis*. Lors donc qu'on veut savoir ceux auxquels ce droit appartient, il faut se reporter à l'époque de la célébration du mariage et rechercher quels étaient ceux dont le consentement était *alors nécessaire pour la validité du mariage :* à ceux-là seulement appartient le droit d'agir. En d'autres termes, et pour tout dire en une formule, l'action en nullité appartient exclusivement à ceux dont le consentement aurait dû être et n'a pas été obtenu. S'ils gardent le silence, s'ils meurent soit avant d'avoir intenté leur

(1) On peut objecter cependant :

1° Que la loi, lorsqu'elle veut, en matière de mariage, admettre le principe de la ratification *expresse*, prend soin de le dire clairement (voy. l'art. 183).

2° Que la ratification *expresse* n'a pas les mêmes caractères de certitude que la ratification *tacite*. Un consentement donné *instantanément*, peut-être sous l'empire d'un mouvement irréfléchi ou de l'obsession, présente, en effet, peu de garanties. Mais quel soupçon conserver lorsque la volonté s'est manifestée par un fait public, quotidiennement renouvelé *pendant six mois*? La loi a donc eu une raison particulière et légitime de repousser la ratification *expresse*, c'est-à-dire incertaine, tandis qu'elle consacrait le principe de la ratification *tacite*, mais certaine.

action, soit après, mais *pendente lite,* elle meurt avec eux : car, à tort ou à raison, elle ne peut être, c'est la disposition de la loi, exercée que par eux. — Parcourons quelques espèces :

Quid, si un mineur s'est marié sans le consentement de son père et de sa mère?

685. — 1° Un mineur qui a son père et sa mère se marie sans leur consentement : — l'action en nullité appartient, non seulement au père, mais encore à la mère, car son consentement était *requis:* ce n'est, en effet, qu'en cas de *dissentiment* qu'on aurait pu passer outre (art. 148). Mais, bien entendu, elle ne peut exercer l'action qui lui compète qu'à défaut de son mari, c'est-à-dire qu'au cas seulement où il est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Que s'il est vivant et capable d'agir, il ne lui est point permis à elle de prendre l'initiative : car le silence qu'il garde équivaut à une approbation tacite du mariage, et en cas de *dissentiment* le consentement du père suffit (argum. tiré de l'art. 173) (1).

Quid, dans ce cas, si les père et mère meurent avant d'avoir intenté leur action, ou même après l'avoir intentée, mais *pendente lite?*

S'ils meurent l'un et l'autre, l'action dont ils étaient nantis au moment de leur décès ne passe point aux ascendants du degré supérieur, elle s'éteint avec eux (2); et il en est ainsi alors même qu'après avoir intenté leur action, ils meurent *pendente lite* (voy. le n° 684).

Quid, dans le cas où l'enfant qui a obtenu le consentement de son père n'a pas *consulté* sa mère?

686. — 2° Le père a donné son consentement, mais la mère n'a pas été consultée : — on décide généralement que l'action en nullité n'appartient ni au père, puisqu'il a donné son consentement au mariage, ni à la mère, car son consentement, quand son mari donne le sien, n'est pas nécessaire (art. 148) (3).

Quid, dans le cas où l'enfant, dont les père et mère étaient décédés, s'est marié sans le consentement de ses ascendants?

687. — 3° Un mineur dont les père et mère étaient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté s'est marié sans le consentement de ses aïeuls et aïeules : — le consentement de chacun d'eux était requis; il n'a pas été donné. L'action en nullité appartient à chacun d'eux. Toutefois, les aïeules ne peuvent point, conformément à ce que nous avons dit (n° 685), agir en nullité tant que l'aïeul sous l'autorité duquel elles se trouvent est vivant et en état de manifester sa volonté. Viennent-ils tous à mourir : l'action dont ils étaient nantis ne passe ni à leurs héritiers, ni aux ascendants d'un degré supérieur, elle s'éteint avec eux.

Quid, si les ascendants d'une ligne ont consenti, tandis que ceux de l'autre ligne n'ont pas été consultés?

688. — 4° Les aïeul et aïeule d'une ligne ont consenti; ceux de l'autre ligne n'ont pas été consultés : — l'action en nullité n'appartient ni aux ascendants qui ont consenti, ni même à ceux de la ligne qui n'a pas été consultée : car, la première ayant consenti, le consentement de l'autre n'était pas nécessaire (art. 150) (4).

(1) Dem., t. I, n° 264 *bis*, IV; Dur., t. II, n°s 286 et 287; Bug., à son cours; MM. Demol., t. I, n° 272; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 46.

(2) Voy., en sens contraire, M. Val., *Cours de C. civ.,* t. I, p. 243 et suiv.

(3) Cette solution est-elle bien bonne ? Le consentement du père n'est suffisant qu'au cas où la mère a été *consultée* (art. 148). Donc, *légalement,* le consentement du père n'existe point, lorsqu'il le donne sans prendre l'avis de la mère. Or, s'il est, aux yeux de la loi, réputé inexistant, les choses doivent se passer comme au cas où aucun consentement n'a été donné.

(4) Appliquez ici l'observation qui a été faite en note sur le 2°.

689. — 5° Un mineur dont les ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté s'est marié sans le consentement de son conseil de famille (art. 160) : — l'action en nullité n'appartient pas individuellement à chacun des membres dont se composait le conseil de famille : car ce n'est pas leur consentement individuel qui était requis, mais celui du conseil de famille, considéré comme personne morale ou civile. Toutefois, comme le conseil de famille ne peut pas l'exercer lui-même, il charge soit le tuteur, soit tel autre de ses membres, de l'exercer en son nom.

Quid, si un enfant dont les ascendants sont morts s'est marié sans le consentement de son conseil de famille?

690. — Lorsqu'un mineur atteint sa majorité, son conseil de famille, la personne morale chargée de le protéger, meurt alors : car les majeurs n'ont point de conseil de famille. Concluons-en que, de même que les ascendants perdent leur action lorsqu'ils meurent, de même le conseil de famille perd la sienne lorsqu'il cesse d'exister, c'est-à-dire lorsque le mineur qui s'est marié sans son consentement atteint sa majorité avant que la nullité de son mariage ait été prononcée. Lui seul alors a qualité pour la demander (1).

Le conseil dont le consentement n'a pas été obtenu peut-il, même après que l'enfant est devenu majeur, demander encore la nullité de son mariage?

690 *bis*. — Temporaire... La nullité fondée sur le défaut de consentement de la famille peut être couverte par une ratification postérieure. Mais par qui et comment cette ratification peut-elle être faite? quels en sont les effets?

Art. 183.

La nullité fondée sur le défaut de consentement de la famille est-elle susceptible d'être couverte?

Qui peut ratifier. — Le mariage infecté de cette espèce de nullité peut être ratifié soit par ceux dont le consentement était nécessaire, soit par l'époux qui avait besoin du consentement.

Quelles personnes ont ici le droit de ratification?

Si ceux dont le consentement était nécessaire meurent avant d'avoir ratifié, leur droit de ratification, de même que leur action en nullité, ne passe point aux ascendants du degré supérieur. Le droit de ratifier un contrat suppose, en effet, le droit de le faire annuler : car la ratification n'est autre chose que la renonciation à l'action en nullité (2).

Comment le mariage peut être ratifié. — Il peut l'être, du chef de ceux dont le consentement est requis :

Comment ceux dont le consentement était requis peuvent-ils ratifier le mariage que leur enfant a contracté sans leur consentement?

1° Par une ratification *expresse*. — Cette ratification n'est subordonnée à aucune condition de formes : elle peut donc être donnée par un acte quelconque, même par simple lettre missive (voy. *Form*. 83).

La ratification *expresse* est-elle soumise à quelque condition de formes?

2° Par une ratification *tacite*. — Cette espèce de ratification a lieu lorsque, par leur conduite et leurs procédés envers les époux, ils donnent implicitement des marques non équivoques d'approbation au mariage contracté sans leur consentement. Tel est, par exemple, le cas où un père reçoit avec distinction dans sa maison le conjoint de son enfant. Pothier rapporte qu'un grand-père qui

Quand y a-t-il ratification *tacite*?

(1) Marc., sur l'art. 182 ; M. Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 250.

(2) Dem., t. I, p. 384 ; Bug., à son cours. — Voy., ci-dessus, nos 684 et suiv.

avait été parrain de son petit-fils fut, pour ce fait, déclaré non recevable dans sa demande en nullité de mariage.

Par quel laps de temps la nullité dont il s'agit est-elle couverte?

3° Par *le laps de temps,* indépendamment de toute autre circonstance. — Le laps de temps après lequel ils sont non recevables à proposer la nullité est *d'une année écoulée* sans réclamation de leur part, *à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage.* Leur silence prolongé renferme une ratification tacite.

Comment la ratification peut-elle être faite par l'époux qui s'est marié sans le consentement de sa famille?

691. — Du chef du conjoint qui n'a pas obtenu le consentement dont il avait besoin, il y a ratification lorsqu'il s'est écoulé, sans réclamation de sa part, *une année à compter du jour où il a atteint l'âge compétent pour se marier par lui-même.*

Quel est l'*âge compétent* pour se marier par soi-même ?

L'âge compétent pour se marier par soi-même, c'est-à-dire sans être obligé d'obtenir le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, est toujours de vingt et un ans pour les filles (art. 148). Quant aux garçons, c'est tantôt vingt et un ans, tantôt vingt-cinq, suivant qu'ils ont ou qu'ils n'ont point d'ascendants (art. 148-150).

Ainsi, quant aux filles, l'année après laquelle l'action en nullité est couverte, commence toujours à courir dès qu'elles ont vingt et un ans accomplis.

Même solution pour les garçons qui, n'ayant point d'ascendants, se sont mariés sans le consentement de leur conseil de famille.

Quant à ceux qui, ayant des ascendants, se sont mariés sans leur consentement, l'année ne commence à courir qu'à compter du jour où ils ont accompli leur vingt-cinquième année. — Toutefois, si leur dernier ascendant vient à mourir dans l'intervalle de leur vingt et unième à leur vingt-cinquième année, le délai court dès cet instant : car alors, libres d'ascendants, ils sont capables de consentir par eux-mêmes au mariage.

L'époux qui s'est marié sans le consentement de sa famille peut-il ratifier *expressément* son mariage?

692. — La loi admet, du chef de ceux dont le consentement était requis, trois modes de ratification : la ratification *expresse,* la ratification *tacite, le laps de temps.* Elle n'en cite qu'un pour l'époux, *le laps de temps.* J'en conclus qu'elle n'admet, quant à lui, que ce seul mode de ratification. Elle a pensé, sans doute, que la ratification expresse, étant l'œuvre d'un moment, peut être le résultat de la séduction qui a déterminé le mariage, et qu'ainsi elle ne présente point les mêmes garanties que la ratification par *le laps de temps,* c'est-à-dire par une approbation soutenue et persévérante (1).

Quels sont les effets de la ratification?
Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction?

693. — *Effets de la ratification.* — Il faut ici faire une distinction :

La ratification émanée de l'époux n'a d'effet *que quant à lui;*

(1) Dem., t. I, p. 367; Bug., à son cours. — Voy., ci-dessus, n° 682, à la note.

MM. Demol. (t. I, n° 287) et Val. (*Cours de C. civ.*, t. I, p. 249) admettent, au contraire, la ratification expresse.

elle n'est point opposable à ceux dont le consentement était requis ; quant à eux, l'action en nullité est entière.

La ratification qui émane de ceux dont le consentement était requis produit, au contraire, un effet *général* et **absolu** : la nullité est alors couverte tant à l'égard du conjoint qu'à l'égard de ceux qui ont donné la ratification (1).

— La ratification qui émane du père ou de l'aïeul est opposable à la mère ou à l'aïeule ; celle qui émane d'une ligne produit son effet contre l'autre : car l'approbation donnée par celui ou par ceux dont le consentement aurait suffi dans le principe équivaut à ce consentement et en produit tous les effets.

§ III. *Nullité mixte* : ABSOLUE, *mais* TEMPORAIRE.

Art. 184, 185 et 186.
Quelle est la nature de la nullité résultant de l'*impuberté?*

694. — La nullité résultant de L'IMPUBERTÉ ou du DÉFAUT D'AGE (art. 144) est *absolue*, mais *temporaire*.

ABSOLUE... Elle peut être proposée par toute personne intéressée :

Peut-elle être proposée par toute personne intéressée, de même que les nullités *absolues?*

Par les époux. Par l'un et l'autre, même par celui des deux qui, au moment du mariage, avait l'âge compétent pour le contracter.

Par les ascendants, même du vivant des époux, et indépendamment de tout intérêt pécuniaire (voy. les nos 658 et 661).

Par les collatéraux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire lorsque leur parent est décédé (voy. le n° 663).

Par le ministère public, du vivant des époux. L'article 190 semble même lui en faire un *devoir* (voy. le n° 668).

Est-elle aussi absolue que celle qui résulte de l'*inceste*, de la *bigamie* ou de la *clandestinité?*
Ainsi, les ascendants qui ont donné leur consentement au mariage de leur enfant impubère peuvent-ils en demander la nullité?

695. — La nullité née de l'*impuberté* n'est pas aussi essentiellement *absolue* que celle qui résulte de l'*inceste*, de la *bigamie* ou de la *clandestinité*. La nullité qu'engendrent l'inceste, la bigamie ou la clandestinité peut, en effet, être proposée par les ascendants et la famille, *alors même* qu'ils ont donné leur consentement à la célébration du mariage. Il n'en est pas de même de celle qui résulte de l'*impuberté* : le père, la mère, les ascendants et la famille, qui ont consenti au mariage d'un impubère, ne sont point recevables à en demander la nullité. Il ne faut pas qu'après s'être joués des lois, ils puissent se jouer de la foi du mariage.

Dans quels cas l'action en nullité fondée sur l'*impuberté* de l'un des époux peut-elle être utile aux ascendants?

696. — On s'est demandé dans quels cas l'action en nullité *fondée sur l'impuberté de l'un des époux* peut être utile aux ascendants. Et, en effet, de deux choses l'une : ont-ils donné leur consentement au mariage d'un enfant impubère, la loi les déclare non recevables à agir ; l'ont-ils refusé, une action en nullité *pour défaut de consentement* leur est ouverte (art. 182). Dès lors, qu'ont-ils besoin d'invoquer la nullité *pour défaut d'âge ?* On a, avec raison, répondu que l'action en nullité fondée sur le *défaut d'âge* peut être utilement exercée par les ascendants et la famille :

(1) M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 249 et 250.

1° Dans le cas où l'action fondée sur le *défaut de consentement* se trouve éteinte par l'expiration d'une année sans réclamation de leur part, à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage (voy. le n° 690 *bis*, 3°);

2° Lorsque les ascendants qui ont donné leur consentement au mariage, étant morts, se trouvent actuellement remplacés par d'autres dans l'exercice de la puissance paternelle;

3° Dans le cas où les ascendants qui ont consenti au mariage établissent qu'ils n'ont donné leur consentement que parce qu'ils ont été trompés sur l'âge véritable de leur enfant : on ne peut pas alors leur reprocher, suivant l'expression de Portalis, de *s'être joués des lois* (1).

Quand et à quelle condition la nullité fondée sur l'impuberté est-elle couverte?

697. — Temporaire... La nullité fondée sur le défaut d'âge est couverte *erga omnes*, dans les deux cas qui suivent :

1° « Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté », c'est-à-dire quinze ans pour la femme et dix-huit ans pour le mari (art. 144). On leur accorde six mois pour agir, à compter de leur puberté, parce que, toutes les fois que la loi ouvre une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer (2).

Peut-elle l'être par une ratification expresse?

Les époux ne peuvent point, par une ratification expresse du mariage, renoncer au délai qui leur est accordé pour agir en nullité. Cette nullité est absolue ou d'ordre public, et les nullités de cette nature ne sont jamais susceptibles de ratification (voy. n° 682, à la note, et n° 692) (3).

Dans quel cas la grossesse de la femme couvre-t-elle cette nullité?

2° « Lorsque la femme *qui n'avait point l'âge requis* a conçu *avant l'échéance de six mois.* » Sa grossesse fait tomber la présomption légale de son impuberté.

« *La femme qui n'avait point l'âge requis...* » Donc, si la femme avait l'âge requis, c'est-à-dire si elle était pubère, tandis que son mari était impubère, sa grossesse n'effacerait point, dans ce cas, la nullité du mariage. On a dû craindre de lui ouvrir le moyen de maintenir, par un adultère, le mariage qu'elle a contracté en violation de la loi.

« *Avant l'échéance de six mois...* » Les six mois dont on veut ici parler sont ceux qui suivent l'époque de la puberté légale, et à l'expiration desquels la nullité est couverte lorsque les époux n'ont point réclamé.

Remarquez, au reste, qu'il n'est pas nécessaire, pour que la nullité soit couverte, que la femme impubère ait conçu *avant* que l'action en nullité ait été formée. Il suffit que sa grossesse survienne dans le délai accordé pour former la demande en nullité, quand même elle surviendrait pendant le cours de l'instance.

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 438; *Cours de Code civil*, t. I, p. 265 et 266.
(2) Comp. M. Val., *Cours de Code civ.*, t. I, p. 262 et 263.
(3) Dem., t. I, p. 399; Bug., à son cours. — *Contra*, M. Demol., t. I, n° 287.

Section II. — Des mariages putatifs.

698. — I. Définition. — On appelle mariage *putatif* le mariage qui dans la réalité est nul, mais qui a été contracté de bonne foi par les deux époux ou par l'un d'eux. Art. 201 et 202. Qu'est-ce qu'un mariage *putatif?*

699.— II. Effets du mariage putatif. — Lorsqu'un mariage est annulé, tous les effets qu'il avait paru produire sont rétroactivement anéantis : il ne cesse pas seulement pour l'avenir, il est réputé n'avoir pas existé dans le passé. Par exception, lorsque le mariage a été *putatif,* le jugement qui l'annule le fait bien cesser pour l'avenir ; mais, par une fiction de droit, il est réputé avoir été valable dans le passé et jusqu'au jour du jugement. Cette validité *fictive* produit tous les effets civils d'une valididé *réelle*. Quels sont ses effets?

Ainsi, lorsqu'on veut connaître les effets qu'a pu produire un mariage *putatif* dont la nullité a été prononcée, il faut l'assimiler à un mariage réellement valable actuellement dissous. Il y a entre eux identité d'effets.

Toutefois, il faut distinguer, suivant que le mariage est *putatif* à l'égard des deux époux ou à l'égard de l'un d'eux seulement.

Lorsque les époux ont été de bonne foi *l'un et l'autre,* le mariage est réputé valable *erga omnes,* c'est-à-dire tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Produit-il ses effets *erga omnes?*

700. — *A l'égard des époux...* Ainsi, leurs conventions matrimoniales, les libéralités qu'ils ont pu se faire, soit par contrat de mariage, soit pendant leur union, reçoivent leur pleine et entière exécution.

Le droit de puissance paternelle, avec tous les attributs que la loi y attache sur la personne et sur les biens des enfants, leur est conféré de même qu'aux père et mère réellement légitimes.

Ils succèdent à leurs enfants, conformément aux articles 746 à 749.

Le droit de successibilité réciproque que l'article 767 confère à celui des deux époux qui survit à l'autre leur appartient également. Toutefois, ce droit de successibilité, étant attaché *à la qualité d'époux,* cesse avec elle. Cela résulte de l'article 767 lui-même, qui déclare incapable de succéder l'époux qui a cessé de l'être par l'effet d'un divorce obtenu *par* ou *contre* lui. Or, l'annulation d'un mariage putatif, de même que la dissolution par le divorce, enlève pour l'avenir à chacun des conjoints son titre d'époux, et avec lui la vocation réciproque qu'ils avaient à la succession l'un de l'autre. Il en résulte qu'ils ne peuvent succéder l'un à l'autre qu'autant

que la succession s'ouvre alors qu'ils sont encore conjoints, c'est-à-dire avant l'annulation de leur mariage (1).

Enfin, la femme putative, de même que la femme légitime, peut invoquer contre les tiers qui ont traité avec son mari l'hypothèque consacrée par l'article 2121, et demander, conformément à l'article 225, la nullité des actes qu'elle a faits avec des tiers sans l'autorisation de son mari ou de justice.

701. — *A l'égard des enfants...* Les enfants issus d'un mariage putatif naissent ***légitimes*** et membres de la famille des deux époux. Toutes les prérogatives dont jouissent les enfants réellement légitimes, droit de succéder à leurs père et mère et aux parents de leurs père et mère (art. 745), droit à des aliments (art. 203), droit à une réserve (art. 913), existent également au profit des enfants ***putatifs***.

Un mariage putatif peut-il avoir pour effet de légitimer les enfants naturels que les époux ont eus d'un commerce antérieur, et qu'ils ont reconnus?

702. — Une question a été soulevée : un mariage ***putatif*** peut-il avoir pour effet de légitimer les enfants naturels que les époux ont eus d'un commerce antérieur et qu'ils ont reconnus (art. 331) ? La négative n'est pas douteuse, lorsqu'il s'agit d'enfants ***adultérins*** ou ***incestueux***. Le mariage ***putatif*** ne peut pas, en effet, être plus favorisé qu'un mariage réellement valable ; or, aux termes de l'article 331, les enfants naturels incestueux ou adultérins ne peuvent pas être légitimés, même par un mariage valable.

Quant aux enfants naturels simples, la question est controversée.

Négative. — Le mariage putatif produit, il est vrai, les mêmes effets civils qu'un mariage valable ; mais à l'égard de qui ? L'article 202 est formel : à l'égard des époux et des enfants ***issus du mariage!*** Le mariage, quoique putatif, n'est donc point réputé valable à l'égard des enfants ***issus d'un commerce antérieur*** (2).

Affirmative. — La règle qui régit les mariages putatifs est posée dans l'article 201 ; l'article 202 ne fait qu'y apporter un tempérament. Or, selon l'article 201, le mariage ***putatif*** produit les mêmes effets civils qu'un mariage valable, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des ***enfants***. On ne distingue point entre les enfants ***issus du mariage*** et les enfants naturels nés antérieurement, mais habiles à recevoir le bienfait de la légitimation. La règle est générale et absolue; elle profite à tous. Il est vrai qu'après l'avoir consacrée en termes généraux, la loi ne parle plus, dans l'article 202, que des enfants ***issus du mariage;*** mais il est évident qu'en employant ces expressions, elle a simplement entendu statuer sur le ***plerumque fit***. Sa disposition est, en effet, purement énonciative; elle n'a rien d'exclusif.

Et d'ailleurs, ce n'est pas seulement à l'égard des enfants que le

(1) Val., *Cours de C. civ.*, p. 303; MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 52, note 17. — Comp. M. Laurent, t. II, nos 507 et 511.

(2) Merlin *Rép.*, v° *Légitimation*, section 2, § 2, n° 4; Proud., t. II, p. 170; Toull., t. I, n° 657.

mariage putatif produit les mêmes effets civils qu'un mariage valable; c'est aussi *à l'égard des époux,* ou de celui des deux qui est de bonne foi. Or, dire que la légitimation de leur enfant n'a pas lieu, c'est dire que leur mariage, quoique putatif, ne produit pas *pour eux* tous les avantages qu'ils en auraient retirés s'il eût été réellement valable, avantages sur lesquels ils ont vraisemblablement compté en se mariant : ils n'auraient pas, en effet, l'usufruit légal des biens de l'enfant qu'ils ont voulu et qu'ils ont cru légitimer (art. 384); il ne leur serait point permis de lui laisser tout leur succession à l'exclusion de leurs autres parents (art. 757) La règle serait donc violée à leur préjudice (1)!

703. — Lorsque *l'un des époux seul* a été de bonne foi, le mariage produit tous les effets civils du mariage valable, à l'égar de l'époux de bonne foi et des enfants issus du mariage. Il n'e produit aucun, à l'égard du conjoint qui a été de mauvaise foi. De là il suit : Qu'arrive-t-il lorsqu'un des époux seul a été de bonne foi?

1° Que l'époux qui a été de bonne foi peut seul, dans ses rapports avec son conjoint, invoquer contre lui le mariage avec tous ses effets civils, ou le considérer comme non avenu, suivant son intérêt, mais sans pouvoir diviser sa prétention. Il ne peut que le tenir bon pour le tout ou nul pour le tout.

2° Que les enfants peuvent succéder non seulement à l'époux de bonne foi, mais encore à l'époux de mauvaise foi; celui-ci, au contraire, ne leur succède point. Ses enfants succéderont même à ses parents; mais ici la réciproque est vraie : car ses parents sont unis par un lien légitime à ses enfants, et toute parenté légitime emporte le droit réciproque de successibilité. S'il en est autrement à l'égard du conjoint de mauvaise foi, c'est que son délit a fait établir une exception contre lui.

3° Que la puissance paternelle appartient exclusivement à l'époux de bonne foi, quel qu'il soit, à la mère, par conséquent, à l'exclusion du père, si c'est elle qui est de bonne foi (2).

704. — III. Dans quels cas et a quelles conditions il y a mariage putatif. — Une seule condition suffit pour constituer un mariage putatif, *la bonne foi des époux* ou *de l'un d'eux*. Peu importe que l'union qu'ils ont cru former ait été célébrée ou non par un officier de l'état civil (3); peu importe qu'elle soit simplement Dans quels cas et à quelles conditions y a-t-il mariage putatif?

(1) Dem., t. I, n° 283 *bis*, VII; Marc., sur les art. 201, 202; Dur., t. II, n° 356; Bug., à son cours; MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 12; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 171; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 303; Demol., t. I, n° 336; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 331; Laurent, t. II, n° 509.

(2) Dem., t. 1, n° 283 *bis*, IX; Bug. et Val., à leurs cours; Demol., t. I, n° 372

(3) Marc., sur l'art. 201; M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 306 et suiv. — Dans un autre système, on soutient qu'il n'y a point de mariage putatif sans une célébration plus ou moins parfaite du mariage par un officier de l'état civil. Cette célébration est, dit-on, nécessaire, puisque ce n'est qu'au mariage *contracté* de bonne foi que la loi attache les effets d'un mariage valable (M. Demol., t. I, n° 354).

annulable ou radicalement *nulle* (1). Du moment qu'il y a bonne foi, cela suffit. Leur convention, si informe qu'elle soit, est alors transformée, par la toute-puissance de la loi, en un mariage qui, tant qu'il n'est pas annulé, produit tous les effets civils d'un mariage valable. La théorie du mariage *putatif* est toute *d'équité;* or, l'équité, par sa nature, n'admet et ne peut admettre qu'une seule distinction : y a-t-il eu ou non bonne foi ? Tout est là. Une mineure, abusée par un infâme, a cru pouvoir légitimement se marier devant un notaire qui s'est fait le complice de son séducteur; une étrangère, trompée par d'habiles machinations, a cru que l'union célébrée seulement devant un prêtre était civilement valable : leur union sera-t-elle privée de la protection de la loi ? seront-elles victimes de la fraude qu'on a pratiquée pour les tromper ? Quoi ! la loi, qui traite d'épouse légitime la femme qui, par erreur de droit, a cru pouvoir épouser son frère, ne verra qu'une concubine dans cette mineure abusée, dans cette étrangère si odieusement trompée ! L'équité peut-elle donc s'accommoder de pareilles distinctions ?

Le texte de la loi résiste à une décision aussi inhumaine. Tout mariage qui a été déclaré *nul,* mais qui a été *contracté* de bonne foi, est putatif; or, dans notre espèce, il y a eu mariage *contracté.* Sans doute le contrat a été mal fait; mais c'est précisément pour relever les parties des conséquences qu'entraînerait la nullité, qu'a été imaginée la théorie du mariage putatif (2).

Le mariage qui, dans le principe, a été contracté de bonne foi, cesse-t-il d'être putatif dès que les époux ont eu connaissance de la nullité de leur mariage?

Quand donc cesse-t-il d'être putatif et de produire ses effets?

705. — Remarquons en terminant qu'il suffit que la bonne foi ait existé *au moment où le mariage a été contracté.* Les époux qui, après s'être mariés de bonne foi, découvrent que leur mariage est nul, sont bien excusables lorsqu'ils ne se séparent pas immédiatement. La crainte du scandale, l'espoir légitime que la nullité se couvrira ou qu'elle ne sera point reconnue, leur ôtent la force de rompre une union dans laquelle ils ont jusque-là vécu honnêtement. La loi a dû tenir compte de cette position difficile et la couvrir de son indulgence (art. 2269, arg.). Ainsi, le mariage qui, dans le principe, a été putatif, conserve ce caractère et continue de produire ses effets, même après que les époux ont reconnu leur erreur, et *tant que la nullité de leur mariage n'a pas été judiciairement prononcée* (3).

(1) Zachariæ enseigne qu'un mariage *nul,* quoique contracté de bonne foi, est destitué de tout effet : car, dit-il, rien ne peut sortir de rien ou du néant. *Conf.* MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 1. On a répondu que les rédacteurs du Code citent constamment, pour exemple d'un mariage putatif, celui qu'une personne a contracté *de bonne foi* avec un *mort civilement;* or, le mariage contracté par un mort civilement était radicalement nul (M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 307).

(2) Marc., sur les art. 201 et 202; M. Laurent, t. II, n° 503.

(3) Dem., t. I, n° 283 *bis*, III et V; Dur., t. II, n° 363; MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 6; Val., *Explic. somm.*, p. 115 et 116; *Cours de Code civ.*, t. I, p. 305 et 306; Bug., à son cours; Demol., t. I, n° 360.

SECTION III. — DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

16e *Répétition*

Art. 194 à 200.

La loi n'a-t-elle pas, quant au mariage, organisé différents modes de preuve?

706. — La loi reconnaît, quant à la célébration du mariage, quatre modes de preuve, savoir : 1° preuve par l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194) ; — 2° preuve par les registres ou papiers domestiques et par témoins (art. 194 et 46); — 3° preuve par l'arrêt ou le jugement de condamnation rendu au criminel contre l'officier de l'état civil ou toute autre personne reconnue coupable d'avoir falsifié ou détruit la preuve ordinaire du mariage, c'est-à-dire l'acte de célébration (art. 198-200); — 4° preuve par la possession d'état d'enfants légitimes, non contredite par leur acte de naissance et jointe à la possession d'état d'époux de leurs père et mère décédés (art. 197).

Lequel d'entre eux forme le droit commun?
Les trois autres peuvent-ils être invoqués par toute personne? Lequel d'entre eux est spécial aux enfants nés du mariage?

Le premier de ces modes de preuve, la preuve par l'acte de célébration, forme la règle ou le droit commun. Les trois autres sont des dérogations à la règle. Les deux premières de ces dérogations, la preuve par papiers domestiques ou par témoins, et la preuve par le jugement ou par l'arrêt de condamnation rendu au criminel contre l'individu qui a falsifié ou détruit l'acte de célébration, sont applicables à toutes personnes. La dernière n'a été introduite *qu'en faveur des enfants; elle ne peut être invoquée que par eux.*

Art. 194.

Ainsi, en principe comment se prouve le mariage?
Cette règle n'est-elle applicable qu'aux époux eux-mêmes?

707. — I. RÈGLE. — *Preuve du mariage par l'acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil.* — « Nul ne peut réclamer *le titre d'époux* et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur le registre de l'état civil* » (art. 194). — Si l'on s'attachait littéralement au texte de cette disposition, on dirait, par argument *a contrario,* que la règle qu'elle établit ne s'applique qu'au cas où c'est l'un des prétendus époux qui affirme l'existence du mariage, et qu'ainsi la preuve peut en être faite par d'autres moyens que par l'acte de célébration, toutes les fois qu'elle est affirmée par toute autre personne que les prétendus époux. Mais cette interprétation littérale ne donnerait point la véritable pensée de la loi : la généralité de notre règle ressort, en effet, très clairement de la disposition de l'article 197, aux termes duquel les enfants des prétendus époux ne sont eux-mêmes dispensés de la représentation de l'acte de célébration que *par exception* et sous certaines conditions (1).

Ainsi, lorsque l'existence d'un mariage est contestée, c'est à celle des parties qui affirme qu'il existe à en faire la preuve; *en principe, elle ne peut la faire que par la représentation d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil.*

L'acte de célébration

Nulle autre preuve n'est admissible, ni les registres ou papiers

(1) Val., *Cours de C. civ.*, p. 287.

inscrit sur une *feuille volante* peut-il faire preuve?

domestiques, ni les témoins, ni même l'acte de célébration *inscrit sur une feuille volante*. La loi est, en effet, formelle et exclusive : elle n'admet, comme preuve du mariage, que l'acte de célébration *inscrit sur les registres* (1).

Art. 195.

Quid, de la possession d'état?
Pourquoi ne fait-elle point preuve?

708. — La possession d'état elle-même, si longue et si constante qu'elle ait été, ne supplée point à l'acte de célébration. La loi a considéré que, si la possession d'état d'époux suffisait pour dispenser celle des parties qui affirme le mariage de représenter l'acte de célébration, le concubinage usurperait trop souvent la place des unions légitimes : car fréquemment il arrive, dans les grandes villes surtout, que deux personnes qui ne sont point mariées se donnent et s'établissent comme mari et femme, vivant publiquement avec le titre d'époux, et avec toutes les apparences propres à justifier ce titre.

Art. 196.

N'a-t-elle pas cependant un certain effet civil?

Toutefois, si la possession d'état d'époux ne prouve point le mariage, elle n'est point pourtant destituée de tout effet civil. Elle ne supplée point l'absence de l'acte de célébration; mais, lorsqu'il en existe un qui à cause de ses irrégularités ne suffirait point pour faire preuve du mariage, elle le corrobore et en couvre les vices. « Lors, dit l'article 196, qu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est

(1) MM. Dur., t. II, n° 244; Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, texte et note 1; Demol., t. I, n° 386; Laurent, t. III, n° 5, p. 11.

MM. Duc., Bonn. et Roust. (art. 194) reconnaissent à l'acte inscrit *sur une feuille volante* la même force probante qu'à l'acte inscrit *sur les registres*. Cette solution m'a semblé trop directement contraire au texte de la loi pour être admise.

Demante (t. I, p. 382) admet bien que l'acte inscrit *sur une feuille volante* ne fait point, comme l'acte inscrit *sur les registres*, preuve *complète* du mariage; mais il y voit *un commencement de preuve par écrit*, susceptible de rendre admissible la preuve par témoins, conformément au principe doctrinal de l'art. 1347, et par argument d'analogie des art. 323 et 341. — Ce système m'a également semblé inadmissible. Deux raisons principales me l'ont fait rejeter :

1° La loi a tracé, quant à la preuve de la célébration du mariage, une théorie complète et spéciale, qui doit se suffire à elle-même. Il n'est point permis de l'élargir ou de la restreindre par des arguments d'analogie tirés d'une autre matière; autrement, elle n'aurait plus d'objet, et finirait par se confondre avec le droit commun. Ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire, ce que pourtant personne n'admet, que les tiers qui affirment l'existence du mariage peuvent, *dans tous les cas*, l'établir par témoins : car c'est un principe du droit commun que ceux qui affirment un fait *dont ils n'ont pas pu se procurer une preuve écrite*, sont toujours admissibles au bénéfice de la preuve testimoniale (art. 1341 et 1348).

2° L'inscription de l'acte sur une feuille volante constitue, de la part de l'officier de l'état civil, un délit qui le rend passible de certaines peines (art. 52 C. civ. et 192 C. pén.). En conséquence, et afin d'empêcher toute collusion, la loi veut que les parties, si elles désirent avoir la preuve de leur mariage, agissent au criminel, conformément à l'art. 198. Donc, tant qu'il n'est pas intervenu une condamnation criminelle contre l'officier de l'état civil, l'acte qu'il a inscrit sur une feuille volante n'a aucune valeur aux yeux de la loi (MM. Bug. et Val., à leurs cours.)

représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de *cet acte.* »

« La nullité de *l'acte...* » Ces derniers mots doivent être remarqués : ils portent en eux la pensée de la loi. Ils nous montrent, en effet, qu'elle a voulu régler ici, non pas une question de *fond,* mais une pure question de *forme* ou de *preuve;* que la fin de non-recevoir qu'elle établit a trait, non pas aux nullités du *mariage,* mais aux nullités de l'*acte* de mariage. Ainsi, les nullités qui sont ici couvertes par la possession d'état sont uniquement celles qui résultent des irrégularités ou omissions qui ont vicié l'*acte* de célébration du mariage. Quant aux nullités du *mariage,* nullités fondées sur le défaut d'âge, sur la bigamie, sur l'inceste ou sur le défaut de consentement, elles restent entières, nonobstant la possession d'état. Elles pourraient être invoquées, alors même que l'acte de célébration du mariage serait parfaitement irréprochable; à bien plus forte raison, doit-il en être de même lorsqu'il est irrégulier.

Quelle espèce de nullité couvre-t-elle lorsque l'acte de célébration est représenté?

En d'autres termes, la possession d'état a pour effet d'attribuer à un acte informe la force probante d'un acte régulier (1).

709. — Une difficulté a été soulevée. *Aucune* des formalités requises pour les actes de l'état civil n'est prescrite *à peine de nullité* (voy. le n° 254) : l'acte de célébration est donc valable, *quoique irrégulier;* or, s'il est valable, il fait preuve de même qu'un acte régulier.

Mais s'il fait preuve, à quelle nullité s'applique donc notre article 196 ? Qu'est-il besoin d'invoquer la possession d'état pour se défendre contre des nullités que la loi n'établit point?

Deux solutions ont été proposées :

Aucune des *formalités* requises pour les actes de l'état civil n'est prescrite à peine de nullité : dès lors, comment concevoir que la possession d'état puisse couvrir des nullités de *formes*

N'a-t-on pas présenté, sur cette difficulté, deux explications?

710. — Première solution. — Il est bien vrai qu'aucune des formes requises pour la rédaction des actes de l'état civil n'est expressément prescrite à peine de nullité; mais il ne résulte point de là que les juges soient liés par la représentation d'un acte entaché d'irrégularités assez graves pour lui enlever sa force probante : ils ont, à cet égard, un pouvoir d'appréciation qui leur permet d'admettre ou de rejeter, suivant l'importance plus ou moins grande des formalités omises, l'acte qui est produit comme preuve du mariage.

Ce pouvoir discrétionnaire, ils ne l'ont plus lorsque l'acte irrégulier est confirmé, corroboré, par la possession d'état qui en a effacé les vices. Ainsi, par exemple, l'acte de célébration inscrit sur une feuille volante, lorsqu'il n'est point accompagné de la possession d'état, ne prouve point le mariage; mais, combiné avec elle, il acquiert alors la force probante qu'il n'avait pas dans le principe. Les parties qu'il concerne ne peuvent plus l'at-

(1) Dem., t. I, p. 384; MM. Bug. et Val., à leurs cours; Dur., t. II, n° 252; Marc., sur l'art. 196.

taquer sous prétexte qu'il n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil (1).

711. — DEUXIÈME SOLUTION. — La possession d'état couvre les vices de l'*acte de célébration*. Mais que faut-il entendre par ces mots : *acte de célébration?* Le mot *acte* n'a pas dans nos lois un sens rigoureusement défini : c'est tantôt un écrit rédigé pour constater un fait, une action de l'homme, en un mot pour constater ce qui s'est passé, *id quod actum est;* tantôt c'est ce qui s'est passé, c'est-à-dire l'ensemble des circonstances, conditions et formalités, qui constituent le fait raconté dans l'écrit qui a été dressé pour en perpétuer le souvenir.

Cela posé, on peut dire : « La possession d'état purge l'acte de célébration des vices dont il est infecté. L'*acte de célébration,* ce n'est pas seulement l'*écrit* qui constate qu'elle a eu lieu; c'est la *célébration même,* c'est-à-dire l'ensemble des solennités ou conditions qui la constituent.

« Or, parmi ces solennités, formalités ou conditions de la célébration, figure la *publicité.*

« Le *défaut de publicité* peut, en principe, amener la nullité de la célébration; mais cette nullité se couvre et s'efface par la possession d'état, c'est-à-dire par une publicité postérieure qui donne au mariage la notoriété dont il a manqué dans le principe. »

Ainsi, dans ce système, la nullité que couvre la possession d'état est celle qui résulte du *défaut de publicité* (2).

Quelques personnes vont plus loin. Selon elles, la possession d'état couvre, non seulement la nullité résultant du défaut de publicité, mais encore celle qu'engendre l'incompétence de l'officier de l'état civil : car, disent-elles, la compétence de l'officier de l'état civil, n'étant elle-même qu'un des principaux éléments de la publicité (voy. le nº 656), ne constitue comme elle qu'un vice, qu'une nullité de la célébration du mariage (3).

(1) Dem., t. I, p. 384. — Cette solution est très contestée. Plusieurs auteurs font remarquer qu'on ne peut citer pour la démontrer qu'un seul exemple, et précisément l'espèce produite se trouve en contradiction manifeste avec le texte de la loi. Que dit, en effet, l'art. 196 ? que la possession d'état couvre la nullité de l'acte de célébration. L'acte de célébration dont la nullité est ainsi couverte est évidemment un acte qui a été *inscrit sur les registres :* cela résulte très clairement du rapprochement de notre article avec ceux qui le précèdent. Notre article ne s'applique donc point au cas où l'acte produit n'est qu'une *simple feuille volante* (M. Dur., t. II, nº 245).

Cette hypothèse mise de côté, quelle sera la nullité qui sera couverte par la possession d'état ? On n'en peut citer aucune ! car, encore une fois, aucune des formes exigées pour la rédaction de l'acte de célébration, aucune des énonciations qu'il doit contenir, n'est prescrite à peine de nullité. L'art. 196 se trouverait donc complètement inutile et sans objet !

(2) MM. Bug. et Val., à leurs cours; Demol., t. I, nº 328; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 196.

(3) MM. Val., *Explic. somm.*, p. 112; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 289 et suiv. ; Demol., t. I, nº 328; Aubry et Rau, t. V, § 467-3º, p. 117.

Cette deuxième solution est aussi vivement critiquée que la première :

1º La place qu'occupe l'art. 196 en détermine la portée. Il fait partie des

— Remarquez, au reste, que la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état n'est opposable *que par l'un des époux à l'autre.* « *Les époux,* dit l'article 196, sont alors *respectivement* non recevables à demander la nullité de l'acte de célébration. » Toute autre partie intéressée peut donc, nonobstant la possession d'état des prétendus époux, attaquer utilement l'acte irrégulier de célébration qu'on lui oppose (1).

Entre quelles personnes la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état est-elle opposable?

712. — Première exception a notre règle. — *Preuve du mariage tant par titres et papiers domestiques que par témoins.* — Le mariage peut être prouvé par cette voie :

Dans quels cas le mariage peut-il être prouvé, soit par titres et papiers domestiques, soit par témoins?

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'on rencontre des lacunes ou des interruptions dans leur tenue;

2° Lorsqu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie (voy. les nos 266 et suiv.).

dispositions par lesquelles la loi a organisé la *preuve* du mariage ; or, en l'appliquant au fait même de la célébration, on résout non plus une question de *preuve,* mais une question de *fond :* on l'applique, non plus aux nullités de la *preuve* du mariage, mais aux nullités du *mariage* lui-même.

2° Le texte de l'art. 196, rapproché des art. 194 et 195, lève d'ailleurs tous les doutes :

Aux termes de l'art. 194, le mariage ne se prouve, en principe, que par « la *représentation* de l'acte de célébration, *inscrit sur les registres de l'état civil* » ; or, il est évident pour tout le monde qu'ici la loi entend par *acte de célébration l'écrit* même qui a été dressé pour la constater.

Aux termes de l'art. 195, la possession d'état ne supplée point à *la représentation de l'acte de célébration;* pour tout le monde encore, l'acte de célébration dont parle cet article n'est autre chose que l'*écrit* dont il est parlé dans l'art. 194.

Vient enfin l'art. 196, qui, supposant qu'un *acte irrégulier de célébration* a été REPRÉSENTÉ, déclare que la possession d'état efface les vices de *cet acte.* L'enchaînement de ces diverses dispositions n'est-il pas de toute évidence ? Le mariage ne se *prouve* que par un acte (*écrit*) de célébration. La possession d'état ne supplée point à cet acte, à cet *écrit.* Toutefois, elle a pour effet de le purger des vices dont il peut être infecté. Comment ne pas voir qu'il ne s'agit partout, dans l'art. 196 comme dans les art. 194 et 195, que de l'acte écrit (Dem., t. I, p. 384) ?

— Cette critique me semble fort juste. Mais alors à quelle nullité s'applique donc notre art. 196 ? A vrai dire, la pensée de la loi m'échappe. Les rédacteurs du Code, en rédigeant l'art. 196, avaient sans doute perdu de vue le principe que les irrégularités qui se rencontrent dans les actes de l'état civil n'en entraînent point la nullité.

« Ne pourrait-on pas, dit M. Laurent (t. III, n° 7), appliquer l'art. 196 à l'hypothèse où l'officier public n'a pas signé l'acte de célébration ? » La Cour de cassation l'a fait par son arrêt du 26 juillet 1865 (Sir., 65, 1, 393).

(1) Dem., p. 383; M. Demol., t. I, n° 327.

J'ai peine à croire à cette limitation de l'art. 196. Il est bien vrai qu'il n'y est question que des *époux;* mais n'en est-il pas de même dans les art. 194 et 195 ? et cependant tout le monde convient qu'ils sont applicables *à toute personne intéressée,* quelle qu'elle soit ! J'ajoute que l'art. 196, entendu restrictivement, amènerait ce résultat fâcheux, que les époux qui, à raison de leur possession d'état, seraient irrévocablement liés, resteraient cependant perpétuellement menacés de la nullité de leur union. De là, une anxiété perpétuelle pour eux et pour leurs enfants! — Voy. aussi M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 290.

Lorsque les registres ont été régulièrement tenus, les parties qui prétendent que l'acte de célébration a été omis, et qui, en conséquence, demandent le bénéfice de notre exception, ne doivent pas être entendues; autrement, la preuve que la loi n'admet qu'*exceptionnellement* deviendrait, en fait, *de droit commun* (1).

Art. 198.

Dans quels cas peut-il l'être par un jugement rendu au criminel, c'est-à-dire par le résultat d'une procédure *criminelle?*

713. — Seconde exception a notre règle. — *Preuve du mariage par le jugement de condamnation rendu au criminel contre l'officier de l'état civil, ou tout autre individu, reconnu coupable d'avoir détruit ou falsifié l'acte de célébration.* — La destruction et la falsification d'un acte de célébration du mariage constituent un *crime* (art. 145, 146, 147, 173, C. pén.); l'inscription du même acte sur une feuille volante constitue un *délit* (art. 192, C. pén.).

Ce crime ou ce délit peut amener des poursuites contre l'officier de l'état civil ou l'individu qui l'a commis.

— Le jugement de condamnation est alors inscrit sur les registres des actes de l'état civil (voy. la *Form.* 84). — Ce jugement tient lieu de l'acte de célébration et, comme lui, fait preuve complète du mariage.

Telle est la théorie contenue, en ces termes, dans l'article 198 : « Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'*une procédure* criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de la célébration, *tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage...* »

Que faut-il entendre ici par procédure *criminelle?*

« *D'une procédure criminelle...* » Ces mots sont ainsi employés *lato sensu,* et par opposition aux mots : *procédure civile.* Ils embrassent donc, non seulement la *procédure criminelle* proprement dite, c'est-à-dire la poursuite devant les Cours d'assises, mais encore la *procédure correctionnelle,* c'est-à-dire celle qui est faite devant un tribunal correctionnel. Il est vrai qu'aujourd'hui et depuis la promulgation du Code pénal les mots : *action criminelle, procédure criminelle,* ont une acception particulière et restreinte aux *crimes* proprement dits; mais, à l'époque où le Code civil a été fait, ces expressions avaient un sens générique embrassant toute poursuite tendant à l'application d'*une peine* (2).

Le mariage dont la célébration a été prouvée par le résultat d'une procédure *criminelle* est-il à l'abri de toute attaque?

« *Assure au mariage tous ses effets civils...* » Cette formule est inexacte. Prise à la lettre, elle conduirait à dire que le mariage, dont la célébration a été prouvée par le résultat d'une procédure criminelle, est désormais à l'abri de toute attaque. Or, évidemment il n'en est pas ainsi. Le jugement de condamnation ne prouve et n'établit qu'une chose, la *célébration du mariage.* Mais ce ma-

(1) Dem., t. I, p. 383 ; MM. Bug. et Val., à leurs cours ; Marc., sur l'art. 194; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Demol., *De la publication, des effets et de l'application des lois en général,* etc., n° 324.

(2) Dem., t. I, p. 390; Dur., t. II, p. 216, note 2; M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 105; *Cours de C. civ.,* t. I, p. 296.

riage, qui a été célébré, est-il valable? Est-il exempt d'*inceste,* de *bigamie,* de *violence* ou d'*erreur*...? C'est une autre question, étrangère à notre article, et qui, par conséquent, reste entière après comme avant le jugement de condamnation.

« *Tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage*... » Cette énumération n'a rien de limitatif. Le jugement de condamnation tient, en effet, lieu d'un acte régulier de célébration; or, l'acte de célébration prouve le mariage *erga omnes.* (Voy. d'ailleurs l'art. 199, arg. tiré de ces mots : « *Tous ceux* qui ont intérêt à faire déclarer le mariage valable ».)

Ce jugement, qui fait preuve du mariage, peut-il être invoqué par toute personne intéressée?

714. — Il nous reste à rechercher quelles personnes ont qualité pour exercer les poursuites criminelles dont il vient d'être parlé, contre quelles personnes elles sont exercées, et enfin devant quel tribunal elles sont portées. Les articles 199 et 200 répondent à ces différentes questions. Mais, avant de les étudier, il importe de rappeler quelques règles du droit criminel.

Lorsqu'un crime est commis, deux actions bien distinctes en résultent, l'une qui a pour but la punition du coupable et qu'on appelle l'*action publique;* l'autre qui a pour objet la réparation du dommage causé et qu'on appelle l'*action civile.*

Lorsqu'une personne s'est rendue coupable d'un crime ou d'un délit, à quelles actions est-elle soumise?

La première appartient au ministère public et ne peut être exercée que par lui. Les tribunaux criminels sont seuls compétents pour en connaître. Elle s'éteint par la mort du coupable : jamais elle ne s'exerce contre ses héritiers.

A qui appartient l'action publique? — Quels tribunaux sont compétents pour en connaître? — Peut-elle être exercée contre les héritiers du coupable?

La seconde appartient au particulier qui a été lésé. Elle peut être exercée, au choix de la partie, soit devant le tribunal criminel concurremment avec l'action publique, soit devant le tribunal civil.

A qui appartient l'action civile? — Quels tribunaux sont compétents pour en connaître ? — Peut-elle être exercée contre les héritiers du coupable?

Notons ici une différence entre l'action civile née d'un *crime* proprement dit et l'action civile née d'un simple *délit.*

S'agit-il d'un crime : l'action civile ne peut être portée devant le tribunal criminel (la Cour d'assises) que *concurremment avec l'action publique,* en sorte que le tribunal civil est seul compétent pour en connaître, tant que le ministère public reste dans l'inaction. Mais, bien entendu, le particulier auquel elle appartient peut porter plainte au ministère public et le solliciter d'agir. Si le ministère public exerce son action, alors, mais alors seulement, la partie lésée peut porter la sienne devant le même tribunal; c'est ce qu'on appelle *se porter partie civile.*

S'agit-il d'un délit : il lui est permis de porter directement son action devant le tribunal correctionnel, alors même que le ministère public reste dans l'inaction.

715. — L'action *civile,* qu'elle soit née d'un crime ou qu'elle soit née d'un délit, ne s'éteint point par la mort du coupable ; elle peut être exercée soit contre lui, s'il est vivant, soit contre ses héritiers, s'il est décédé, auquel cas elle ne peut être portée que devant un tribunal civil.

Cela posé, abordons nos textes.

Art. 199.

Un officier de l'état civil a détruit ou falsifié un acte de célébration : quand et par qui peut-il être poursuivi?

Peut-il l'être, du *vivant* des époux, par toute personne intéressée, et, par exemple, par leurs enfants, et par le ministère public?

Article 199. — « Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt à faire déclarer le mariage valable et par le ministère public. »

On va voir combien d'inexactitudes se rencontrent dans cette disposition !

716. — « Si les époux ou l'un d'eux sont *décédés*... » D'où il faudrait conclure, si l'on prenait ces expressions à la lettre, que, *du vivant des deux époux,* eux seuls ont qualité pour exercer l'action dont il va être parlé, et qu'ainsi les autres parties intéressées à l'existence du mariage et le ministère public lui-même devraient attendre, pour agir, que l'un ou l'autre des deux époux fût décédé. Mais comment concevoir que la négligence ou l'indifférence des époux puisse paralyser tout à la fois le droit de leurs enfants et le droit de la société représentée par le ministère public ? Évidemment la loi n'a pu consacrer une pareille énormité. Sa disposition, purement énonciative, n'a rien de restrictif. Si, du vivant des époux, elle n'appelle personne à l'exercice de cette action, c'est, d'une part, parce qu'elle suppose que les époux, s'ils découvrent la fraude de leur vivant, ne manqueront point d'agir eux-mêmes, ce qui désintéressera toute autre partie, et, d'autre part, parce qu'elle ne suppose pas que les autres parties puissent avoir, *du vivant des époux,* un intérêt né et actuel à prouver l'existence du mariage : elle statue sur le *plerumque fit.* Mais, si, par extraordinaire, il arrive, d'une part, que les époux restent dans l'inaction, et, d'autre part, que leurs enfants aient un intérêt ***né et actuel*** à prouver le mariage, afin de faire preuve de leur légitimité, rien n'empêche les enfants d'agir dès à présent : ainsi, que l'un de ces enfants vienne à mourir sans postérité légitime, tout enfant survivant, ayant alors un intérêt né et actuel à prouver le mariage de ses père et mère, afin de pouvoir se présenter en qualité de frère légitime à la succession de son frère décédé, pourra, *du vivant des époux,* établir l'existence de leur mariage par la voie extraordinaire qu'introduit notre article (1).

Peut-il l'être si les époux, sont décédés après avoir découvert la fraude, mais avant d'avoir intenté une action contre le coupable ?

717. — « *Sans avoir découvert la fraude.* » Autre inexactitude. Il faudrait, en effet, à ne considérer que le sens textuel de cette disposition, dire que, si les époux, ou l'un d'eux, sont morts *ayant eu connaissance de la fraude,* mais étant restés dans l'inaction, toute action est éteinte avec eux, et qu'ainsi les autres parties intéressées et le ministère public ne sont point recevables à demander le rétablissement de la preuve du mariage. Mais ici encore tout le monde convient que cette phrase n'est purement qu'énonciative. Voici quelle a été la pensée de la loi : « Si les époux ont découvert la fraude, ils n'auront pas manqué d'agir ; or, s'ils ont déjà

(1) Dem., t. I, n° 281 *bis*, II; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 106; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 300; Bug , à son cours; MM. Demol., t. I, n° 413 ; Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, note 34; Laurent, t. III, n° 18.

eux-mêmes fait rétablir la preuve de leur mariage, il n'est plus nécessaire d'appeler personne à l'exercice de ce droit. » Si donc la prévision de la loi ne s'est point réalisée, rien ne s'oppose alors à l'exercice de l'action par les autres parties intéressées. Ainsi, les expressions ***sans avoir découvert la fraude*** signifient, dans la pensée de la loi : sans avoir, après la découverte de la fraude, poursuivi le rétablissement de la preuve de leur mariage.

Notre article porte que l'action *criminelle* peut, dans les cas qu'il prévoit, être intentée, soit par toute personne intéressée, soit par le ministère public ; mais quelle action entend-il désigner sous le nom d'action *criminelle ?*

718. — « L'action *criminelle...* » Nouvel embarras. De quelle action entend-on parler sous cette désignation?

S'agit-il de l'action criminelle proprement dite, c'est-à-dire de l'action tendant à l'application de la peine dont est passible l'officier de l'état civil, en d'autres termes, de l'*action publique?* Cela ne se peut pas, dira-t-on : car l'exercice de l'action dont il s'agit est attribué, non seulement au ministère public, mais encore aux époux et à toute autre personne intéressée; et, selon notre droit, l'exercice d'une action pénale n'appartient jamais qu'au ministère public : les simples particuliers n'ont et ne peuvent avoir que des actions civiles.

N'a-t-on voulu, au contraire, désigner que l'*action civile,* c'est-à-dire l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage? Cela ne se peut pas, dira-t-on encore. En effet, l'exercice de l'action que notre article désigne sous le nom d'*action criminelle,* est confié non seulement aux époux et aux autres personnes intéressées, mais encore au ministère public; or, il est de principe que les actions civiles ne compètent jamais qu'aux particuliers qui ont souffert d'un crime : le ministère public n'a et ne peut avoir que des actions publiques.

Ainsi, soit que l'on prenne le premier parti, soit qu'on s'arrête au second, on aboutit à des résultats que repoussent tous les principes ordinaires de notre droit. Il faut pourtant opter. Pour mon compte, je m'en tiens à la seconde interprétation. Voici ce qu'a voulu dire la loi : lorsque la preuve légale d'un mariage a été détruite par un crime ou par un délit, l'action tendant au rétablissement de cette preuve peut être intentée, soit, dans un intérêt particulier, par les époux ou par toute autre personne intéressée, soit, dans l'intérêt général de la société, par le procureur de la République.

Cette action, qui en réalité est *civile,* est ici appelée *criminelle,* parce qu'à l'époque de la confection du Code, toute action née d'un crime, l'action *civile* comme l'action *publique,* s'appelait *action criminelle* (1).

719. — En permettant au ministère public de l'exercer, la loi déroge à ce double principe :

1° Que le ministère public n'exerce point les actions civiles;

2° Que le ministère public n'a point qualité pour demander

(1) M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 299.

la rectification des actes de l'état civil (voy. le n° 311). — Mais cette double exception se justifie par l'importance du mariage, auquel se rattachent, dans le présent et dans l'avenir, tant d'intérêts divers (1).

Les époux dont l'acte de célébration a été détruit ou falsifié peuvent-ils agir *au civil* contre le coupable?

720. — Signalons une troisième dérogation au droit commun. On sait que la partie qui a souffert d'un *crime* ou d'un *délit* peut, à son choix, porter son action devant les tribunaux civils ou devant les tribunaux criminels. Il n'en est pas de même ici. Les époux dont l'acte de célébration a été détruit ou falsifié, sont tenus d'agir au criminel, toutes les fois que la procédure criminelle ou correctionnelle est possible. Cela résulte : 1° des articles 198 et 199, qui n'ont trait l'un et l'autre qu'à une procédure criminelle ; 2° par *a contrario,* de l'article 200, qui, tout en autorisant la voie civile dans l'hypothèse *spéciale* qu'il prévoit, exige cependant une certaine garantie qui n'a pas lieu selon le droit commun (2).

721. — Nous venons de dire comment on procède lorsque l'officier de l'état civil qui a détruit ou falsifié l'acte de célébration est *vivant.* Il reste à voir quelle marche on suit lorsqu'il est *décédé.*

Art. 200.

Lorsque l'officier de l'état civil qui a détruit ou falsifié l'acte de célébration est décédé, ses héritiers peuvent-ils être poursuivis?
A quelle fin peuvent-ils l'être?
Par qui?

Art. 200. « Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers par le procureur de la République, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. »

Lorsque l'officier de l'état civil, ou plus généralement l'auteur du fait par suite duquel a été détruite la preuve légale du mariage, *est décédé,* il n'y a plus de coupable à punir : car, au point de vue criminel, c'est-à-dire quant à l'application des peines que nous avons méritées par nos crimes, nous n'avons après notre mort ni héritiers ni représentants. Il ne peut donc plus être question de *procédure criminelle* et d'action *publique;* mais l'action *civile* subsiste, car nos héritiers succèdent à nos obligations pécuniaires.

Ainsi, l'action *civile* ne s'éteint pas avec le coupable ; elle peut être intentée contre ses héritiers, devant le tribunal civil. Par qui sera-t-elle intentée ? Selon le droit commun, elle ne pourrait l'être que par les époux eux-mêmes ou par les autres parties intéressées : car les actions civiles appartiennent exclusivement aux particuliers qu'elles intéressent, le ministère public n'a point qualité pour les exercer. Mais ici encore la loi déroge au droit commun. L'exercice de l'action est conféré, non pas à ceux qu'elle intéresse, mais au procureur de la République. Toutefois, ce magistrat ne peut agir qu'en présence des parties intéressées et seulement sur leur dénonciation.

Pourquoi par le ministère public?

Le motif de cette dérogation aux principes reçus en matière

(1) Dem., t. I, p. 393; Bug. et Val.

(2) Dem., t. I, n° 282 *bis*, III ; MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 104 ; Demol., t. I, n° 415 ; Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, note 32 ; Bertauld, *Quest. et except. préj.*, n° 53.

civile est bien connu. Lorsque l'officier de l'état civil existe, les parties intéressées peuvent, sans danger pour la société, agir elles-mêmes et sans l'intermédiaire du ministère public. Aucune connivence coupable n'est alors à craindre : car la défense sera certainement énergique et sérieuse. On comprend, en effet, que l'officier de l'état civil se gardera bien, quelques offres d'argent qu'on lui fasse, d'avouer un crime ou un délit qui pourrait l'envoyer aux galères ou tout au moins en prison. Il n'en est plus de même lorsque l'action s'exerce, non plus au criminel, contre l'officier de l'état civil lui-même, mais au civil et contre ses héritiers. Dans ce cas, la loi a pu raisonnablement craindre qu'il ne s'établît entre le demandeur et le défendeur une connivence coupable, à l'effet de procurer au premier, par cette voie, la preuve d'un mariage qui peut-être n'a jamais existé. Les héritiers de l'officier de l'état civil, n'étant exposés qu'à de simples *condamnations pécuniaires,* pourraient, en effet, s'entendre avec le demandeur, se défendre mal, faire des aveux, et se laisser condamner à une réparation qui serait elle-même secrètement et largement payée. En conférant au procureur de la République l'exercice de l'action, la loi a prévenu ou du moins paralysé cette collusion.

722. — La théorie consacrée par notre article 200 ne doit pas être restreinte au cas spécial qu'il prévoit, c'est-à-dire à l'hypothèse du *décès* du prétendu coupable. Il faut, par analogie de motifs, l'appliquer dans tous les cas où l'exercice de l'action ne peut donner lieu *qu'à de simples condamnations pécuniaires*. Or, c'est ce qui arrive, non seulement lorsque, le prétendu coupable étant décédé, l'action s'exerce contre ses héritiers, mais encore lorsqu'on l'exerce contre les envoyés en possession provisoire de ses biens, dans le cas où il a été déclaré absent, ou enfin contre lui-même, s'il est tombé en démence depuis le délit pour lequel on le poursuit.

Quid, si l'officier de l'état civil qui a détruit ou falsifié l'acte de célébration est en état de déclaration d'absence ou d'interdiction?

723. — Lorsque toute poursuite, civile ou criminelle, est impossible, soit parce que l'action publique et l'action civile sont prescrites (art. 637 et 638, C. inst. crim.), soit parce que l'auteur du fait est inconnu, il reste alors aux parties intéressées la ressource de l'article 46 (1).

Quid, si l'action publique et l'action civile sont prescrites?

724. — TROISIÈME EXCEPTION A NOTRE RÈGLE. — *Preuve du mariage par la possession d'état d'enfants légitimes, non contredite par leur acte de naissance, et jointe à la possession d'état d'époux de leurs père et mère décédés.* — L'état d'époux peut être utilement

Art. 197.

N'existe-t-il pas pour les enfants nés en mariage, un mode de preuve organisé dans leur intérêt?

(1) Dem., t. I, n° 282 *bis*, IV; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 108 ; M. Demol., t. I, n° 416.—Comp. MM. Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, note 41. Aujourd'hui les savants auteurs enseignent que « les époux et autres parties intéressées doivent avoir le droit de faire rétablir la preuve d'un mariage, altérée ou supprimée par un crime ou par un délit, même après la prescription de l'action publique et de l'action civile. »

contesté, lorsque celui qui le réclame ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il affirme l'existence. C'est vainement qu'il invoque à l'appui de sa prétention une possession publique et constante de l'état qu'il revendique. Si le mariage existe, lui répond-on, procurez-vous l'acte de célébration, et montrez-le. A défaut de cette preuve légale, vous ne pouvez pas être écouté.

Ainsi, lorsqu'un mariage est affirmé, soit par les prétendus époux, soit par leurs ***ascendants*** ou leurs ***collatéraux,*** la seule preuve que la loi admette consiste dans l'acte de célébration (sauf, bien entendu, les exceptions que nous avons étudiées); aucune possession d'état ne peut y suppléer.

Il n'en est pas toujours ainsi à l'égard de leurs *enfants.* En principe, de même que les prétendus époux, de même que toute autre personne, les enfants doivent, lorsqu'ils affirment l'existence du mariage de leurs père et mère, en rapporter la preuve légale ; à défaut de l'acte de célébration, leur légitimité peut être utilement contestée. Voilà le droit commun. Mais ***une exception*** a été introduite en leur faveur. Leur légitimité ne peut pas être contestée, sous prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, ou, en d'autres termes, l'absence de cet acte ne leur nuit point, lorsque les quatre conditions qui suivent se trouvent réunies. Il faut :

De quels éléments se compose ce mode de preuve?
En d'autres termes, dans quels cas et à quelles conditions y peuvent-ils recourir?

725. — 1° *Que leurs père et mère aient eu la possession d'état d'époux,* c'est-à-dire qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme, et que, dans leur famille, dans la société, ils aient toujours été reconnus comme des personnes unies par le lien légitime du mariage ;

726. — 2° *Qu'ils soient eux-mêmes en possession d'état d'enfants légitimes* (voy., sous le n° 908, ce que c'est que cette possession d'état) ;

727. — 3° *Que leur possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance.* — Cette troisième condition est toute négative. On n'exige point d'eux qu'ils représentent un acte de naissance où leur légitimité serait déclarée ; il suffit qu'on ne puisse point leur en opposer un où ils sont qualifiés d'*enfants naturels ;*

Sur quels motifs est fondée la distinction que la loi fait entre le cas où les père et mère sont décédés et celui où ils sont vivants?

728. — 4° *Que leurs père et mère soient l'un et l'autre décédés.* — Cette quatrième condition va nous donner l'un des deux motifs sur lesquels repose notre exception. Lorsque le mariage est affirmé par les époux eux-mêmes, la loi a pu, sans injustice, exiger d'eux la représentation de l'acte de célébration de leur mariage. Rien ne leur est plus facile que de se procurer l'acte qui prouve cette célébration : rien, par conséquent, ne saurait les dispenser de le représenter.

Sont-ils vivants l'un ou l'autre : leurs enfants peuvent se renseigner près d'eux, et apprendre ainsi le lieu où le mariage a été célébré, ce qui les met à même de se procurer, lorsqu'ils sont intéressés à le prouver, l'acte de célébration qui en établit l'exis-

tence. Dans ce cas donc, la loi les soumet au droit commun.

Il n'en est plus de même lorsque les époux sont l'un et l'autre décédés : leurs enfants peuvent ignorer le lieu, le pays, étranger peut-être, où le mariage a été célébré. Qui pourrait maintenant les renseigner? leurs père et mère? ils n'existent plus! leurs parents? ceux-ci sont le plus souvent intéressés à contester leur légitimité. En présence de cette impossibilité, la loi, venant à leur secours, a organisé pour eux le mode spécial de preuve que nous étudions.

Ce motif justifie-t-il pleinement le privilège que la loi accorde aux enfants ?

Remarquez que le motif de cette impossibilité ne suffit point à lui seul pour justifier le privilège qu'on leur accorde : car cette impossibilité peut également exister à l'égard des *ascendants*, et surtout à l'égard des *collatéraux* des époux, et cependant ces personnes ne sont point dispensées de la représentation de l'acte de célébration. Donc, s'il en est autrement à l'égard des *enfants*, c'est qu'outre cette impossibilité, il y a encore *la faveur due à la légitimité*.

729. — Deux questions ont été soulevées :

Les enfants jouissent-ils de leur privilège dans le cas où leurs père et mère sont l'un et l'autre *absents* ou *interdits* ?

1° Les époux *existent*, mais ils sont l'un et l'autre absents, ou l'un et l'autre interdits, ou enfin l'un absent, l'autre interdit : leurs enfants peuvent-ils, dans ce cas, invoquer le bénéfice que la loi leur accorde expressément lorsque leurs père et mère sont l'un et l'autre *décédés?* A ne consulter que la lettre de la loi, la négative serait incontestable. Mais ici son esprit est si évident qu'il faut sans hésiter le faire prévaloir sur son texte. Nous l'avons dit : si elle vient au secours des enfants lorsque leurs père et mère sont décédés, c'est à cause de l'impossibilité où ils sont alors de découvrir le lieu de la célébration du mariage ; or, cette impossibilité existe également dans notre hypothèse : donc, etc. En prévoyant spécialement l'hypothèse du décès, la loi a simplement statué sur le *plerumque fit*. — Mais, bien entendu, si l'époux absent revient, ou si l'époux interdit recouvre la raison, la contestation de la légitimité des enfants pourra être utilement renouvelée (1).

Quid, si le mariage est affirmé par un enfant et nié par le survivant des deux époux

730. — 2° Lorsque le mariage est affirmé par un enfant et nié par le survivant des prétendus époux, l'article 197 doit-il recevoir son application? Précisons. L'un des prétendus époux est décédé ; un enfant se présente comme enfant légitime, et réclame, en conséquence, le partage de la communauté qui, selon lui, a existé entre le prétendu époux décédé et le prétendu époux survivant ; celui-ci, niant le mariage, soutient qu'il n'y a pas eu de communauté : l'enfant peut-il, dans ce cas, invoquer contre lui le bénéfice de notre exception?

(1) Dem., t. I, n° 279 *bis*, III; Dur., t. II, n° 255 ; MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 73 (comp. *Cours de C. civ.*, t. I, p. 293 et 294); Bug., à son cours; Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, n° 198; Demol., t. I, n° 396 ; Laurent, t. III, n° 10. — *Contra* MM. Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, note 21.

Affirmative. — Notre exception a pour fondement l'impossibilité où peuvent se trouver les enfants de se procurer l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. Or, dans l'espèce, cette impossibilité existe : car le survivant des deux époux, qui seul pourrait fournir les indications nécessaires pour découvrir l'acte qui donnerait gain de cause à son enfant, son adversaire, se gardera bien de les fournir, ce serait donner des armes contre lui ! Donc..... etc. (1).

Négative. — Il ne suffit pas, pour avoir droit au privilège que a loi a établi dans l'intérêt des enfants, qu'ils soient dans l'impossibilité de se procurer l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère ; il faut encore qu'ils aient la possession d'état d'*enfants légitimes*. Or, lorsque leur légitimité est contestée par le survivant des prétendus époux, cette contestation fait évanouir le commencement de possession d'état qui antérieurement avait pu se former à leur profit : car on ne peut pas admettre qu'un père ou une mère puisse, dans un sordide intérêt, réduire frauduleusement son enfant à l'état de bâtardise. Donc....., etc. (2).

La légitimité des enfants peut-elle encore être contestée lorsque les quatre circonstances que nous venons d'étudier concourent en leur faveur?

731. — Terminons par une observation. La légitimité des enfants ne peut pas, lorsque les quatre conditions que nous venons d'étudier concourent, être contestée « sous le *seul* prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de leur père..... » Donc elle peut l'être pour une autre cause que le défaut de représentation de l'acte de célébration. Ainsi, elle peut être utilement attaquée par le motif que le mariage de leur père est nul pour cause de bigamie, d'inceste ou d'impuberté... En d'autres termes, le concours des quatre conditions énumérées dans notre article supplée à l'acte de célébration et en tient lieu. Il ne prouve donc qu'une chose, à savoir, que le mariage a été célébré ; mais le mariage est-il exempt de toute autre cause de nullité, par exemple, de bigamie ou d'inceste... ? C'est une autre question, que notre article ne résout point, et qui, par conséquent, reste entière.

CHAPITRE V. — DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Quels sont les effets du mariage?

732. — Le mariage produit de nombreux effets. Je cite les plus importants :

1° *Entre les époux,* devoirs de fidélité et de secours réciproques, puissance maritale, incapacité de la femme, même habitation pour les époux, même domicile, même nationalité (art. 212 à 226 ; 108, 12 et 19), hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari (art. 2121), droit réciproque de successibilité (art. 767) ;

(1) M. Dur., t. II, n° 254.

(2) Dem., t. I, p. 388 ; Marc., sur l'art. 197 ; MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 73 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 294 ; Demol., t. I, n° 397 ; Laurent, t. III, n° 9.

2° *Entre les époux et les enfants,* légitimité des enfants issus du mariage (art. 312 et suiv.), légitimation des enfants naturels nés et reconnus avant le mariage (art. 231), obligation pour les époux *d'élever* leurs enfants (art. 203), dette alimentaire et réciproque entre les père et mère et leurs enfants (art. 205 et 207), puissance paternelle (art. 371 et suiv.), et enfin droit et devoir de tutelle (art. 390 et suiv.);

3° *Entre les époux et leurs ascendants,* cessation de la puissance paternelle, c'est-à-dire émancipation des époux mineurs (art. 476);

4° *Entre chacun des époux et les parents de l'autre,* alliance; dette alimentaire et réciproque entre les gendres et belles-filles d'une part, et les beaux-pères et belles-mères d'autre part (art. 206); incapacité quant au mariage entre certains alliés (art. 161 et 162).

Notre chapitre, quoique fort général dans les termes de sa rubrique, est tout spécial; il ne contient point, ainsi qu'on pourrait le croire, la théorie générale des effets du mariage. Cette théorie générale n'existe nulle part; les effets du mariage sont expliqués çà et là dans les différents Titres du Code. Le chapitre que nous étudions n'a trait qu'aux rapports des époux avec leurs ascendants, leurs descendants et quelques-uns de leurs alliés. Ces rapports eux-mêmes ne sont considérés qu'au point de vue de l'obligation dont sont tenus les père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, et de la dette alimentaire entre les ascendants et les descendants, entre les époux et quelques-uns de leurs alliés.

Notre chapitre traite-t-il en général des effets du mariage?
Quels sont les effets dont il s'occupe?

Remarquons même que cette obligation est plutôt, en ce qui touche les rapports des époux avec leurs ascendants et leurs descendants, un effet de la *paternité* et de la *filiation,* qu'un effet du *mariage*. Ce qui le prouve, c'est qu'elle existe entre tous ceux dont la paternité et la filiation sont légalement établies, aussi bien entre les père et mère et leurs enfants *naturels* qu'entre les époux et leurs enfants *légitimes*.

L'effet dont il traite n'est-il pas plutôt un effet de la *paternité* et de la *filiation* qu'un effet du mariage?

Obligation pour les époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Art. 203.

733. — « Les époux *contractent ensemble,* par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Ils doivent donc, non seulement les nourrir, les loger, soit chez eux, soit chez toute autre personne à laquelle ils les confient, mais encore les mettre en état, par une éducation convenable, de pourvoir eux-mêmes à leur subsistance.

Quelle obligation les époux contractent-ils l'un envers l'autre dans l'intérêt de leurs enfants?

Cette obligation est-elle *civile,* c'est-à-dire sanctionnée par une action, ou purement *morale?* Suivant l'opinion générale, on résout la question par une distinction.

Cette obligation est-elle *civile,* c'est-à-dire sanctionnée par une action, ou purement *morale?*

L'obligation de *nourrir* et d'*entretenir* nos enfants est *civilement* obligatoire : les pères et mères qui manquent de l'accomplir peuvent y être contraints.

L'obligation de les *élever,* c'est-à-dire de les mettre à même de gagner leur subsistance, soit en les faisant instruire dans les arts ou les lettres, soit en leur faisant apprendre un métier, n'est qu'un pur *devoir de morale :* sa sanction est dans la conscience des pères et mères.

Cette distinction ne me semble point logique. Ce qui est vrai de la *nourriture* et de l'*entretien* de l'enfant doit l'être également de son *éducation :* la loi, en effet, n'établit point deux obligations ayant chacune des caractères particuliers, l'une tout à la fois *naturelle et civile,* l'autre *purement naturelle ou morale;* une seule existe, comprenant ensemble la *nourriture,* l'*entretien* et l'*éducation.* Si donc cette obligation est *civile* quant à l'un de ses termes, elle l'est nécessairement pour tous, puisque la loi ne distingue pas.

Et d'ailleurs, toute obligation reconnue et consacrée par la loi est, sauf disposition contraire et formelle, *civilement obligatoire ;* et toute obligation *civile* engendre une *action.*

A qui appartient l'action née de l'obligation que les époux ont contractée l'un envers l'autre dans l'intérêt de leurs enfants?

734. — L'action née du *devoir d'éducation* appartient :

1° A chacun des époux contre l'autre : car, par le fait seul de leur mariage, ils ont contracté *ensemble,* c'est-à-dire l'un envers l'autre, l'obligation mutuelle de *nourrir, entretenir* et *élever* leurs enfants. Ainsi, lorsqu'un père, assez riche pour donner à ses enfants une éducation convenable, les abandonne ou ne leur fait donner qu'une éducation dérisoire, la mère peut l'appeler devant les tribunaux et exiger de lui, par la voie que la justice détermine, l'accomplissement de son devoir ;

2° Aux enfants eux-mêmes. Mais, comme ils sont mineurs, leur action sera exercée, soit par leur mère, si elle est vivante, soit, lorsqu'elle est décédée ou qu'elle n'agit pas, par quelqu'un des membres de la famille, soit même par le ministère public (arg. tiré des art. 267 et 302) (1).

Du mariage ou de l'établissement des enfants.

Art. 204.

Les père et mère sont-ils civilement obligés d'établir leurs enfants par mariage ou autrement?

735. — Dans les pays de droit écrit, où la puissance paternelle était organisée dans l'intérêt du père, les filles avaient, comme compensation, une action *dotale* contre lui : elles pouvaient donc judiciairement le contraindre de leur fournir, selon sa fortune, la dot dont elles avaient besoin pour se marier.

Dans les pays de droit coutumier, où la puissance paternelle était plus favorable aux enfants, l'action *dotale* était inconnue : on y suivait la maxime contraire : *Ne dote qui ne veut.*

(1) Dem., t. I, p. 405 ; M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 309 ; M. Demol., t. II, n° 9. — *Contra,* Marc., sur l'art. 385.

Les rédacteurs du Code restreignirent les droits exorbitants que le droit écrit accordait au père sur la personne et les biens de ses enfants; mais, afin de ne point trop affaiblir la puissance paternelle, ils pensèrent qu'ils devaient, par corrélation, restreindre également les droits des enfants. De là l'abrogation de l'ancienne action dotale.

Ainsi, les enfants n'ont point d'action contre leurs père et mère pour obtenir d'eux, soit un établissement par mariage, soit tout autre établissement, tel, par exemple, que l'achat d'un fonds de commerce ou d'un office. — Donc, tandis que l'obligation de nourrir, entretenir et élever nos enfants est *civilement obligatoire,* c'est-à-dire protégée par une action, l'obligation de les établir par mariage ou autrement est *purement morale ou naturelle.*

De la dette alimentaire.

Art. 205, 206 et 207.

Qu'a de particulier la dette alimentaire?

736. — La dette alimentaire a ceci de particulier qu'elle existe toujours *avec réciprocité,* en sorte que toute personne qui, à raison de la parenté ou de l'alliance, a *droit* à des aliments, est elle-même, quand il y a lieu, obligée d'en fournir à son débiteur. D'où l'on peut dire que celui-là *doit* des aliments qui a *le droit* d'en exiger (art. 207, 205 et 206 combinés).

Est-elle toujours réciproque?

Ce principe de réciprocité me paraît toutefois souffrir une exception. Je la signalerai tout à l'heure (voy. le n° 743 *bis*).

Entre quelles personnes existe-t-elle?

737. — I. ENTRE QUELLES PERSONNES EXISTE LA DETTE ALIMENTAIRE. — Elle existe :

1° Entre ascendants et descendants;

2° Entre alliés à titre d'ascendants et de descendants (1), à quelque degré que ce soit.

Elle n'existe point entre parents ou alliés *collatéraux.* Le frère lui-même, si absolue que soit sa misère, ne peut rien exiger de son frère, si riche qu'il soit.

Ainsi, les aliments sont dus :

738. — 1° *Par les ascendants,* père, mère, aïeuls ou bisaïeuls..., *à leurs descendants,* fils, petits-fils ou arrière-petits-fils (art. 205 et 207).

La dette alimentaire et l'obligation de nourrir, élever et entretenir nos enfants, se confondent-elles?

739. — La *dette alimentaire* ne doit pas être confondue avec l'obligation *de nourrir, entretenir et élever nos enfants.* Celle-ci commence à la naissance de l'enfant, et ne cesse que lorsque les père et mère, l'ayant fait homme, l'ont ainsi mis en état, par l'éducation physique et morale qu'ils lui ont donnée, de gagner lui-même honorablement sa subsistance. Pendant ce temps, ils ont dû le tenir chez eux ou chez toute autre personne à leurs frais, soigner son corps, prendre soin de sa santé, et enfin lui donner ou faire donner une éducation convenable et proportionnée à leur

(1) Voy. cependant, ci-dessous, n° 741.

fortune. Ce devoir rempli, alors commence pour eux un devoir d'une autre nature, c'est-à-dire l'obligation, lorsque, par suite de quelque maladie ou de toute autre cause, leur enfant, devenu homme, se trouve dans le besoin et hors d'état de pourvoir à sa subsistance, de lui venir en aide, soit en le recevant chez eux, soit en lui fournissant une pension en argent.

Entre ces deux obligations la différence est marquée. La première, que j'appellerai *devoir d'éducation,* a pour objet, non pas une *somme d'argent,* mais des *soins* à donner. Les père et mère sont tenus de s'occuper de la personne de leur enfant, tant qu'il n'est point fait homme : ils doivent l'avoir avec eux ou chez une autre personne qui les représente; ils doivent *l'élever,* en un mot. — La seconde, au contraire, a pour objet, non pas des *soins,* mais simplement *une somme d'argent.* Lorsqu'en effet les père et mère ont élevé leur enfant, ils ne lui doivent plus que des secours *pécuniaires,* au cas où quelque maladie ou toute autre cause l'a mis dans l'impossibilité de travailler. Ils ne sont pas tenus alors de l'avoir avec eux, de s'occuper de sa personne, de panser ou de faire panser ses plaies, s'il est malade... Dès qu'ils lui paient la somme dont il a besoin pour vivre, ils sont pleinement quittes envers lui.

Quelles différences y a-t-il entre ces deux obligations?

Cette distinction a son importance doctrinale. Les règles qui régissent ces deux obligations diffèrent, en effet, sous trois rapports :

Première différence. — L'obligation que j'ai appelée *devoir d'éducation,* celle, en un mot, qui a pour objet les soins à donner à la personne, ne comporte point le principe de *réciprocité* que comporte la dette alimentaire. Ainsi, les enfants doivent à leurs père et mère, quand il y a lieu, des aliments, c'est-à-dire des *secours pécuniaires;* ils ne leur doivent jamais de *soins.* Les enfants ne sont, en aucun cas, tenus d'avoir avec eux leurs père et mère et de soigner leur personne.

Seconde différence. — Les alliés ne se doivent point de soins; la *dette alimentaire,* au contraire, existe à l'égard de quelques-uns d'entre eux (voy. les nos 737-2° et 741).

Troisième différence. — Lorsque l'un des époux est décédé, le survivant seul doit des soins à ses enfants; la dette alimentaire, au contraire, est, dans ce cas, supportée concurremment par l'époux survivant et par les ascendants de l'autre ligne (1).

740. — 2° *Par les descendants,* fils et petits-fils ou arrière-petits-fils..., *à leurs ascendants,* père, mère, aïeuls ou bisaïeuls (art. 205 et 207 combinés).

Art. 206.

Entre quels alliés la dette alimentaire existe-t-elle?

741. — 3° *Par les gendres et belles-filles à leurs beaux-pères et belles-mères, et, réciproquement, par les beaux-pères et belles-mères à leurs gendres et belles-filles.* — Les mots *beau-père, belle-mère,*

(1) Marc., sur l'art. 203; MM. Demol., t. II, n° 37; Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 17.

belle-fille, ont dans la langue du droit un sens double qu'il importe ici de noter. Ainsi, mon *beau-père,* c'est : 1° le père de ma femme ; 2° le second mari de ma mère (les anciens auteurs l'appelaient *parâtre*). Ma *belle-mère,* c'est : 1° la mère de ma femme ; 2° la seconde femme de mon père (on l'appelait autrefois *marâtre*). Ma *belle-fille,* c'est : 1° la femme de mon fils ou ma *bru;* 2° la fille que ma femme a eue d'un premier mariage.

Quelles personnes la loi entend-elle désigner sous la dénomination de *beaux*-pères, et de *belles*-mères ?

Ce double sens pourrait faire croire que les aliments sont dus, non seulement au beau-père et à la belle-mère proprement dits, mais encore au *parâtre* et à la *marâtre*. Mais le mot *gendre* qu'emploie le même article, et dont le sens est parfaitement déterminé, précise le rapport d'alliance que la loi a ici en vue. Ce rapport est celui qui existe entre chacun des époux et les ascendants de l'autre. Ainsi, je dois des aliments aux père et mère de ma femme (mon beau-père et ma belle-mère proprement dits), car je suis leur *gendre*. Mais, et par la raison inverse, je n'en dois ni à la seconde femme de mon père (ma *marâtre*), ni au second mari de ma mère (mon *parâtre*). De même, j'en dois fournir et au mari de ma fille (mon gendre) et à la femme de mon fils (ma bru) ; je n'en dois pas, au contraire, à ma belle-fille ou à mon beau-fils, c'est-à-dire à la fille ou au fils que ma femme a eus d'un premier mariage.

742. — Quoique la loi ne parle que des beaux-pères et belles-mères, on admet généralement que chacun des époux doit des aliments, non seulement aux *père* et *mère* de l'autre, mais encore à ses autres *ascendants;* et, réciproquement, que les aliments sont dus, non seulement par les père et mère au conjoint de leur enfant, mais encore par les autres ascendants au conjoint de leur petit-fils ou de leur arrière-petit-enfant. L'esprit de la loi est d'assimiler, en ce qui touche les aliments, les alliés à titre d'ascendants et de descendants aux ascendants et descendants eux-mêmes (1).

Les aliments sont-ils dus par chacun des conjoints aux aïeuls ou aïeules de l'autre?

743. — Entre alliés, la dette alimentaire cesse dans deux cas :

1° « *Lorsque la belle-mère convole en secondes noces.* » Ainsi, lorsque la mère de ma femme se remarie, quoique ma femme, en sa qualité de fille, soit encore tenue de lui fournir des aliments, moi, son gendre, je ne lui en dois plus. Il n'en est pas de même à l'égard du beau-père : quoiqu'il convole en secondes noces, sa créance d'aliments reste intacte.

Quand la dette alimentaire cesse-t-elle entre alliés ?

Quelle est la raison de la différence que la loi établit, à ce égard, entre la belle-mère qui se remarie et le beau-père qui convole en secondes noces?

On a essayé de justifier cette différence, par cette considération que la belle-mère qui se remarie passe dans une autre famille, dont elle prend le nom et qui, par conséquent, doit la nourrir, tandis que le beau-père qui prend une seconde femme reste avec son nom dans sa propre famille.

(1) Dem., t. I, p. 408 ; Dur., t. II, n° 406 ; Bug., à son cours ; MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 446; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 316; Demol., t. II, n° 25 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 5.

Cette raison est peu concluante. Que la belle-mère remariée soit obligée de s'adresser, lorsqu'elle est dans le besoin, à son nouveau mari ou aux ascendants de ce dernier, plutôt qu'à son gendre ou à sa bru, je le conçois; mais, si son mari, si ses nouveaux alliés sont impuissants à la secourir, est-il juste que son gendre ou sa bru soit, dans ce cas, affranchi de tout devoir envers elle? Cela n'est point démontré!

Peut-être notre différence tient-elle à ce que la loi voit d'un mauvais œil les secondes noces des veuves, tandis qu'elle voit avec moins de défaveur l'homme qui passe à de nouveaux liens (voy. les art. 386, 395 et 396).

La belle-mère qui s'est remariée n'a plus *le droit* d'exiger des aliments. En *doit*-elle encore?

743 *bis*. — La belle-mère qui se remarie perd sa ***créance*** d'aliments; mais est-elle alors libérée de sa *dette* alimentaire? L'affirmative ne paraît point douteuse, lorsqu'on s'attache rigoureusement ***au principe de réciprocité*** qui régit la matière (voy. le n° 736) (1). Mais on fait remarquer que la libération de la belle-mère serait directement contraire au but que la loi s'est proposé. En lui retirant sa *créance* d'aliments au cas où elle se remarie, la loi a voulu faire obstacle aux secondes noces des veuves; or, si le second mariage de la belle-mère devait également la libérer de la *dette* dont elle est tenue envers son gendre ou sa bru, la considération de cette libération pourrait la déterminer à le conclure. Il faut donc, pour entrer dans l'esprit de la loi, décider que la belle-mère qui se remarie perd son *droit* tout en restant *obligée* aux aliments; c'est une exception au principe de réciprocité (2).

La bru qui se remarie perd-elle son droit aux aliments?

744. — La loi n'a pas attaché au second mariage de la *bru* la déchéance qu'elle attache aux secondes noces de la *belle-mère;* or, ce serait aller trop loin, ce serait faire la loi, que de vouloir, par analogie, assimiler les deux cas. D'ailleurs, l'analogie n'est point parfaite : la belle-mère est ordinairement très âgée, tandis que la bru peut être jeune encore : la loi a pu, par conséquent, voir plus défavorablement le second mariage de la belle-mère que le second mariage de la bru (3).

La mort de l'un des conjoints, c'est-à-dire la dissolution du mariage, fait-elle toujours cesser l'alliance et, par suite, la dette alimentaire?

745. — 2° « *Lorsque celui des époux qui produisait l'alliance et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.* » — Le mariage crée l'alliance et avec elle la dette alimentaire. La mort de l'un des époux les fait cesser l'une et l'autre, en dissolvant le mariage. Toutefois, si des enfants nés de ce mariage aujourd'hui dissous sont encore existants, leur présence perpétue l'alliance et avec elle la dette alimentaire.

Si l'un des conjoints et tous les enfants is-

746. — Le décès de l'un des conjoints et des enfants issus du mariage, à la différence du second mariage de la belle-mère qui

(1) Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 317 ; M. Demol., t. II, n°s 29 et 30.

(2) Dur., t. II, n° 420; Marc., sur les art. 204 à 207, n° 1 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 6 ; Laurent, t. III, n° 76.

(3) Voy., en ce sens, M. Laurent, t. III, n° 77. —*Contra* : Dur., t. II, n° 421 ; Marc., sur les art. 204 à 207, n° 2; MM. Demol., t. II, n° 28; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 317 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553, p. 100, note 7.

laisse subsister contre elle la dette alimentaire, l'éteint ici d'une manière absolue, *erga omnes*. Ainsi, lorsque ma femme est décédée sans enfants, ou lorsque ses enfants sont décédés après elle, je ne dois plus d'aliments à mon beau-père ni à ma belle-mère, et, réciproquement, je n'ai plus le droit d'en exiger d'eux. Là où il n'y a plus d'alliance, il ne peut y avoir ni *dette* ni *créance* d'aliments.

sus du mariage sont morts, la dette alimentaire est-elle éteinte *erga omnes ?*

747. — II. De l'ordre a suivre entre les personnes qui sont tenues de la dette alimentaire. — La loi a énuméré les personnes auxquelles elle impose la dette alimentaire; mais elle n'indique point l'ordre suivant lequel chacune de ces personnes pourra être poursuivie. Il ne se peut pas cependant qu'elles soient obligées *simultanément*. C'est un point que tout le monde reconnaît. Ainsi, elles ne sont tenues que *successivement*, les unes à défaut des autres. Mais quel ordre faut-il suivre? quel rang assigner à chacune d'elles?

Les personnes qui sont tenues de la dette alimentaire en sont-elles tenues *simultanément*, ou *successivement*, c'est-à-dire les unes à défaut des autres ?

Un point sur lequel on est d'accord, c'est que les *alliés* ne peuvent être recherchés qu'à défaut de *parents*. Mais entre les parents quel sera l'ordre à suivre ? Dans quel ordre, à défaut de parents, les alliés seront-ils tenus?

Suivant l'opinion commune, il faut, pour déterminer le rang d'après lequel les descendants et les ascendants sont tenus de la dette alimentaire, considérer *l'ordre de succession que la loi a établi entre eux :* car il est juste que ceux qui ont l'espoir de la succession aient la charge des aliments : *ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet.*

Dans quel ordre peuvent-elles être poursuivies?

Quant aux alliés entre eux, le même ordre devra être suivi, puisque l'alliance imite la parenté.

Ainsi, lorsqu'une personne est dans le besoin, elle doit s'adresser :

1° A ses enfants, si elle en a;

2° A défaut d'enfants, c'est-à-dire si elle n'en a pas, ou si ceux qu'elle a sont impuissants à la secourir, à ses ascendants;

3° A défaut d'ascendants, à ses alliés en ligne descendante, c'est-à-dire à ses gendres ou à ses brus;

4° A défaut d'alliés en ligne descendante, à ses alliés en ligne ascendante, c'est-à-dire à ses beau-père et belle-mère.

Si elle a tout à la fois un fils vivant, et les enfants d'un autre fils prédécédé, elle doit s'adresser pour une moitié à son fils vivant et pour l'autre moitié à ses petits-enfants : car c'est dans cette proportion qu'ils sont appelés à lui succéder un jour.

Enfin, à défaut d'enfants, si son père est encore vivant, tandis que sa mère est prédécédée, ou réciproquement, la dette alimentaire doit être supportée pour moitié par son père ou sa mère survivante, et pour l'autre moitié par les ascendants de son père ou de sa mère prédécédée : car c'est concurremment et dans cette proportion qu'ils sont ses héritiers présomptifs. —

Quid, si elle a son père et les ascendants de sa mère prédécédée, ou réciproquement ?

Ces espèces suffisent pour mettre le principe en lumière (1).

Art. 208 et 209.

A quelles conditions, ou, en d'autres termes, dans quels cas les aliments sont-ils dus?

748. — III. Dans quels cas les aliments sont dus. — Quel en est le quantum. — Pour que les aliments soient dus, deux choses sont requises : il faut 1° que celui qui les demande soit dans le besoin et hors d'état de pouvoir, par son travail et son industrie, se procurer les aliments nécessaires; 2° que la personne à laquelle on les demande soit en état de les fournir.

Quid, si c'est par sa faute, par son inconduite, que la personne qui les réclame se trouve dans le besoin?

Lorsque ces deux conditions concourent, la demande d'aliments doit nécessairement être admise. Il n'y a pas à distinguer si le besoin dans lequel se trouve le demandeur, si l'impossibilité où il est de pourvoir, par son travail, à sa subsistance, proviennent d'un cas fortuit ou de sa faute; quels que soient ses torts envers ceux que la loi désigne pour lui venir en aide, il doit être secouru (2). Il doit l'être alors même qu'il a dissipé, par son incon-

Quid, pourtant, si son besoin vient de

(1) Dur., t. II, n° 389; Zach., t. III, p. 692 et suiv. ; Marc., t. I, p. 568; MM. Demol., t. II, n° 35; Aubry et Rau, t. VI, § 553-2°.

Ce système, quoique fort ingénieux, ne me séduit point. Le principe *ubi est successionis emolumentum ibi et onus alimentorum esse debet* est purement arbitraire. Outre qu'il n'est écrit nulle part, il est, sur plusieurs points, directement contraire aux dispositions de la loi. Ainsi, par exemple, lorsque la personne qui est dans le besoin a un frère et des ascendants autres que ses père et mère, les aliments lui sont dus *exclusivement* par ses ascendants, quoiqu'ils ne soient pas appelés à lui succéder : son frère, *son héritier présomptif*, ne lui doit aucun secours ! — Bien plus ! le conjoint est le *dernier* appelé à la succession de son conjoint, tandis qu'il est le *premier* obligé de lui fournir des aliments.

Il se peut même que la dette alimentaire existe là où le droit de successibilité est sévèrement prohibé. Ainsi, les père et mère, qui ne succèdent jamais à leurs enfants adultérins ou incestueux, leur doivent pourtant des aliments (art. 762).

Il n'y a donc aucune corrélation possible entre l'ordre légal des successions et l'ordre à suivre dans la dette alimentaire. Ces deux matières se rattachent à des considérations d'un ordre différent. La première appartient à l'ordre politique, la seconde à l'ordre purement moral. Quelle raison dès lors peut-il y avoir de raisonner par analogie de l'une à l'autre ?

La loi, n'ayant point fixé d'ordre à suivre en notre matière, s'en rapporte par cela même à l'appréciation des juges, qui décideront d'après l'équité, conformément au principe doctrinal de l'art. 4 (voy. le n° 86). Ainsi, ils peuvent faire prévaloir sur le principe *ubi est emolumentum successionis*... les considérations tirées de la fortune, ou des rapports existant entre la personne qui est dans le besoin et ses parents ou ses alliés. — « De ce que la loi ne prescrit pas d'ordre successif, dit M. Laurent (t. III, n° 65), de ce qu'on ne peut pas se prévaloir de l'ordre héréditaire, il suit que tous ceux qui doivent les aliments en sont tenus à titre égal. C'est le tribunal qui décidera qui, parmi tous ceux qui doivent les aliments, doit supporter cette charge : il se décidera en tenant compte de la fortune des débiteurs. » — Voy. aussi Dem., t. I, p. 411, n° 290.

(2) Toutefois il est généralement admis que la dette alimentaire cesse lorsque le créancier s'est rendu coupable envers le débiteur d'un fait criminel, à raison duquel il est exclu de sa succession (art. 727). On peut, en effet, soutenir que la loi brise, dans ce cas, le lien de parenté, puisqu'elle fait cesser le droit le plus important qui en découle, le droit à la succession et même à la réserve. Toull., t. II, n° 614; Dur., t. II, n°s 385 et 418; Marc., sur l'art. 211; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 28. — Mais *contra* M. Demol., t. II, n° 51,

duite, l'argent ou la dot que sa famille lui avait donné pour s'établir. Son état présent d'indigence est suffisant pour fonder sa demande. — Mais, bien entendu, elle ne devrait pas être admise, si sa misère provenait de son obstination à ne rien faire, alors qu'il est en état de travailler. La loi n'a pu accorder une prime à la paresse.

son obstination à ne rien faire, alors qu'il est capable de travailler?

749. — Quant au *quantum* des aliments qui doivent être fournis, il faut aussi, pour le déterminer, considérer deux choses : 1° *l'étendue du besoin de celui qui les réclame*, eu égard à sa qualité, à l'état, au rang qu'il a eu dans le monde; 2° *la fortune de celui qui les doit.* — Mais rien n'est définitif en cette matière : car les éléments qui servent à fixer le chiffre des aliments, c'est-à-dire le *besoin* du créancier et la *fortune* du débiteur, sont de leur nature variables au gré des événements. — De là la règle suivante : « Lorsque le débiteur ou le créancier des aliments est replacé dans un tel état que l'un ne puisse plus en donner ou que l'autre n'en ait plus besoin, *en tout ou en partie,* la décharge ou la réduction peut en être demandée. »

Quel est le *quantum* des aliments?

— De même et par analogie, ils doivent être augmentés lorsque le besoin du créancier est devenu plus grand, ou que la fortune du débiteur a reçu une plus grande extension.

750. — IV. Comment on acquitte la dette alimentaire. — En principe, la dette d'aliments s'acquitte au moyen *d'une pension en argent :* car celui qui les doit *n'est point tenu* de recevoir chez lui, à son foyer et à sa table, celui qui a le droit de les exiger.

Art. 210 et 211.

Comment s'acquitte la dette alimentaire?

Si le débiteur offre de recevoir chez lui le créancier des aliments, celui-ci a-t-il le droit de refuser cette offre et d'exiger une pension en argent?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

Mais quel intérêt le débiteur des aliments a-t-il à recevoir dans sa maison le créancier plutôt que de lui fournir une pension en argent?

Mais, s'il offre de le recevoir (voy. la *Form.* 85), son offre *doit-elle* être acceptée? Le créancier peut-il la refuser et exiger une pension en argent? La loi résout cette question par une distinction.

L'offre est-elle faite, soit par un enfant à son père ou à sa mère, soit par un gendre ou une bru à son beau-père ou à sa belle-mère : le créancier n'est tenu de l'accepter qu'*autant que celui qui la fait justifie qu'il lui est impossible de payer une pension en argent.* — Mais, dira-t-on, quel intérêt le débiteur a-t-il à recevoir son créancier dans sa maison plutôt que de lui payer une somme d'argent? Ne sera-t-il pas obligé alors à plus de dépenses? On répond à cette objection par ce dicton populaire : « Quand dans un ménage il y a pour trois, il y a pour quatre. » C'est qu'en effet, la présence d'une personne de plus dans une maison montée n'apporte aux frais du ménage qu'une augmentation peu sensible. On ne fait pas plus de feu pour quatre personnes que pour trois, tandis que, s'il fallait diviser les deux ménages, faire deux feux et deux tables, les dépenses étant alors doublées, le créancier et le débiteur souffriraient l'un et l'autre de cette séparation. Au lieu de vivre tant bien que mal eux deux réunis, ils seraient, séparément, réduits à la misère.

L'offre est-elle faite par un *père* ou une *mère* à son enfant : elle *doit* être acceptée *dans tous les cas*.

Sur quel motif est fondée la différence que la loi a établie entre le cas où les aliments sont dus par un enfant à son ascendant et le cas inverse ?

Cette distinction est fort sage. Il n'est pas naturel qu'un père ou une mère soit obligé de rester dans la maison de son enfant, sous son autorité, et dans un état de dépendance propre à blesser sa dignité ; l'impossibilité de faire autrement peut seule justifier et légitimer cette humiliation. L'enfant reçu dans la maison de son père est, au contraire, à sa place. Il n'a donc, du moins en principe, aucun motif légitime pour refuser d'aller chez lui. — Toutefois, si, par exception, la séparation était utile, nécessaire même, les juges pourraient, en l'autorisant, permettre à l'enfant de réclamer une pension en argent.

La dette d'aliments est-elle *solidaire?*

751. — V. De la nature de la dette alimentaire. — Quelques personnes ont, dans le principe, soutenu qu'elle était *solidaire ;* d'autres, qu'elle était *indivisible*. Aujourd'hui on convient généralement qu'elle n'est :

Ni *solidaire :* car la *solidarité,* lorsqu'elle n'est point stipulée par les parties, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi (art. 1202), et, dans l'espèce, cette disposition expresse de la loi n'existe point.

Est-elle *indivisible?*

Ni *indivisible;* et, en effet, la dette indivisible est celle qui n'est point susceptible *d'exécution partielle ;* or, la dette alimentaire, ayant pour objet une somme d'argent ou des aliments à fournir en nature, peut très bien s'exécuter par partie : rien n'y fait obstacle.

Mais, dira-t-on, l'obligation de *faire vivre* est de sa nature indivisible, car on ne peut pas faire subsister quelqu'un *à demi.*

Cet argument n'est qu'un pur jeu de mots. Sans doute, la *vie* n'est point susceptible de parties : on vit ou l'on meurt, cela est évident. Mais on peut vivre plus ou moins largement, suivant ses ressources : on peut vivre avec 2,000 francs, avec 1,500 francs, avec 500 francs par an. Sous ce rapport, la vie est susceptible de plus ou de moins, et, par conséquent, de parties. Ce qui le prouve, c'est que les aliments ne sont dus *qu'en proportion des ressources de celui qui les doit*, c'est-à-dire *en partie* dans certains cas. Ainsi, lorsque le créancier a besoin de 2,000 francs, le débiteur qui n'en peut donner que 1,000 est quitte en payant cette somme, c'est-à-dire en fournissant ce qui est nécessaire pour satisfaire la *moitié* du besoin du créancier.

Ainsi, le père qui est dans le besoin et qui a plusieurs enfants tous en état de lui fournir des aliments peut-il s'adresser, *pour le tout*, à l'un ou à l'autre d'entre eux, sauf le recours de l'enfant poursuivi contre ses frères?

Supposons un créancier dont le besoin égale 20, et quatre débiteurs ayant des ressources égales et suffisantes pour payer la dette entière : l'un d'eux pourra-t-il (sauf, bien entendu, son recours contre ses codébiteurs) être condamné *pour le tout ?* En admettant l'affirmative, on violerait ouvertement la loi ! Chacun des quatre débiteurs ne doit, en effet, les aliments que *proportionnellement au besoin du créancier ;* or, dans l'espèce, ce besoin se trouve, quant à celui des débiteurs qui est actionné, réduit à *cinq,* puisque le créancier a trois autres créances au moyen des-

quelles il peut, en agissant contre les autres débiteurs, obtenir ce qui lui manque.

En résumé, lorsqu'il existe plusieurs personnes appelées concurremment à fournir des aliments, la dette alimentaire dont chacune d'elles est tenue doit être envisagée séparément, et eu égard à ses facultés comparées à celles du créancier, en ayant soin de comprendre dans la fortune de ce dernier, afin d'apprécier l'étendue de ses besoins, les créances alimentaires qu'il a contre les autres débiteurs. Les parts étant ainsi fixées, il y a alors autant de dettes distinctes et indépendantes qu'il y a de débiteurs (1).

La dette alimentaire est-elle *héréditaire?*

752. — La dette d'aliments est-elle *héréditaire,* c'est-à-dire transmissible activement et passivement aux héritiers? Il faut, pour résoudre cette question, user de distinctions.

Quid, si c'est le *créancier* qui est mort

La dette alimentaire s'éteint toujours par la mort du *créancier*. Toutefois, si la créance a été en son vivant, réglée amiablement ou en justice, ses héritiers ont le droit d'exiger le paiement des termes échus et non acquittés pendant sa vie, car il y avait pour le défunt droit acquis. Il ne faut pas d'ailleurs que le débiteur profite du retard qu'il a mis à se libérer. J'en dis autant pour le cas où le créancier, ayant formé une demande en pension alimentaire, est mort *pendente lite :* ses héritiers peuvent continuer le procès et obtenir une somme égale au besoin dans lequel le défunt s'est trouvé depuis sa demande jusqu'au jour de son décès. Décider autrement, ce serait faire bénéficier le défendeur de son injuste résistance.

Quid, si c'est le *débiteur?*

Lorsque c'est le *débiteur* qui meurt, sa succession doit évidemment les termes échus et qu'il n'a point acquittés. Mais l'obligation cesse-t-elle *pour l'avenir?* On distingue. L'obligation alimentaire a sa cause génératrice dans la parenté ou l'alliance; le *besoin* du créancier n'est que la condition qui la fait naître. Si cette condition se réalise pendant que la cause (la parenté ou l'alliance) existe, c'est-à-dire du vivant du débiteur, l'obligation, étant née dans sa personne, passe à ses héritiers. Que si, au contraire, elle se réalise après que la cause (la parenté ou l'alliance) a cessé par la mort du débiteur, l'obligation ne peut pas naître dans la personne de ses héritiers : *cessante causâ cessat effectus*. Ainsi, le besoin du créancier est-il antérieur au décès du débiteur : les héritiers de ce dernier doivent y pourvoir tant qu'il dure. Est-il postérieur à cette époque : le créancier ne peut rien exiger (2).

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 448; *Explic. somm.*, p. 117; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 319; Demol., t. II, n° 63; Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 18; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 359; Duverg., *sur Toull.*, t. I, n° 613; Laurent, t. III, n°s 66 et suiv. — *Contra*, Rodière, *Traité de la solid. et de l'indivis.*, n° 155; Delv., t. I, p. 87; et, à certains égards, Dem., t. I, n° 292 *bis*, I.

(2) Voy., en ce sens, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, p. 100 et note 10. On peut, contre ce système, faire remarquer que l'art. 762, qui accorde aux enfants adultérins ou incestueux une action alimentaire contre la succes-

CHAPITRE VI. — DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

Art. 212.

Quels sont les devoirs des époux entre eux?

Le devoir de *fidélité* est-il le même pour la femme et pour le mari?

753. — I. DEVOIRS COMMUNS AUX DEUX ÉPOUX. — « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. »

Du devoir de fidélité. — Ce devoir n'est point purement *moral;* la loi en garantit l'observation par une sanction pénale. — Toutefois, quoiqu'il soit commun aux deux époux, on peut dire qu'il existe avec plus d'énergie pour la femme que pour le mari : car, lorsqu'elle est coupable, elle encourt des peines auxquelles son mari, bien qu'adultère, ne serait point soumis.

Ainsi, 1° l'adultère de la femme, *en quelque lieu qu'elle l'ait commis,* autorise son mari à demander contre elle la séparation de corps ; l'adultère du mari, au contraire, n'est une cause de séparation de corps que dans le cas où le mari a tenu sa concubine *dans la maison commune* (voy. art. 229, 230 et 306).

2° L'adultère de la femme, en quelque lieu qu'elle l'ait commis, est puni de trois mois à deux ans de prison (art. 308, C. civ.). Le mari qui a commis un adultère ailleurs que dans la maison conjugale n'encourt aucune peine. Que s'il a entretenu sa concubine dans la maison commune, la peine dont il est passible consiste en une simple amende de 100 à 2,000 francs (art. 339, C. pén.). Ainsi, le mari adultère n'est, en aucun cas, passible de la peine d'emprisonnement.

Quelle est la raison de cette différence?

Si la loi sanctionne plus sévèrement le devoir de la femme que celui du mari, c'est, a-t-on dit, parce que l'infidélité de l'une est plus grave que l'infidélité de l'autre. La faute de la femme est plus grave : 1° parce qu'étant, à raison de son sexe et de nos mœurs, tenue à plus de réserve, elle blesse plus essentiellement, lorsqu'elle s'en écarte, la morale et l'ordre public ; 2° parce qu'en

sion de leur père ou de leur mère, ne distingue pas si leur besoin est antérieur ou postérieur à l'ouverture de la succession. La règle qu'il établit est absolue. — Aussi quelques personnes pensent-elles que l'obligation alimentaire est *toujours* héréditaire; qu'il n'y a pas à cet égard à distinguer si le créancier était ou non dans le besoin au moment de la mort du débiteur (M. Dur., t. II, n° 407).

Dans un troisième système, on soutient, au contraire, qu'elle n'est *jamais* héréditaire, et qu'ainsi elle cesse alors même que le créancier était déjà dans le besoin au moment de la mort du débiteur. Elle a, en effet, pour fondement la parenté ou l'alliance; or, la parenté et l'alliance sont des qualités essentiellement *personnelles*, et, par conséquent, non transmissibles aux héritiers. La dette alimentaire suppose d'ailleurs *la réciprocité;* or, cette réciprocité est impossible lorsque le débiteur est décédé : il est, en effet, trop évident que ses légataires ne seraient point admis à réclamer, en cas de besoin, des aliments à ses parents (MM. Demol., t. II, n°s 40 à 42, et Laurent, t. III, n° 48). — La Cour de cassation s'est prononcée en ce dernier sens par son arrêt du 8 juillet 1857 (Sir., 57, 1, 809).

manquant à son devoir, elle peut donner le jour à des bâtards, qui, sous la protection de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant,* viendront, à l'égal des enfants légitimes, prendre leur place dans la famille du mari.

754. — *Du devoir de se donner des secours.* — Lorsque l'un des époux a une fortune qui lui est propre, tandis que l'autre est pauvre, l'époux qui est riche doit venir en aide à celui qui ne l'est pas. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1448, la femme, quoique séparée de biens, doit supporter toutes les charges du mariage, lorsqu'il ne reste rien au mari.

755. — En laissant subsister le mariage, la *séparation de corps* laisse subsister toutes les obligations qu'il engendre, pourvu qu'elles soient indépendantes de la *communauté d'habitation.* Ainsi l'époux coupable, c'est-à-dire celui contre lequel la séparation a été prononcée, peut, s'il est dans le besoin, exiger une pension alimentaire proportionnée aux ressources du conjoint qu'il a outragé.

Les époux séparés de corps se doivent-ils encore des secours?

756. — *Du devoir d'assistance.* — Lorsque le malheur vient frapper l'un des époux, lorsqu'il souffre, qu'il est infirme, son conjoint ne lui doit point seulement des *secours pécuniaires:* il lui doit, en outre, l'*assistance,* c'est-à-dire des soins personnels : c'est à lui, plus qu'à tout autre, à le consoler par des marques d'affection et de dévouement, à veiller près de lui, à panser ses plaies, s'il est blessé. L'inaccomplissement de ce devoir constituerait, de sa part, une injure grave, qui pourrait motiver, de la part de l'époux outragé, une demande en séparation de corps.

757. — II. DES DROITS ET DES DEVOIRS PARTICULIERS A CHAQUE ÉPOUX. — « Le mari doit protection à sa femme ; la femme doit obéissance à son mari. »

Art. 213 et 214.

Quels sont les droits et les devoirs particuliers à chaque époux?

Le mari doit protéger sa femme, parce qu'il est le plus fort; sa femme est tenue de lui obéir, parce que, si elle était absolument maîtresse de ses actions, la protection que lui doit son mari serait souvent inutile et quelquefois même impossible.

— Du devoir d'obéissance naît pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, *même à l'étranger* (voy. la discussion qui a eu lieu à ce sujet au Conseil d'État).

Réciproquement, le mari est tenu de recevoir sa femme chez lui et de l'y traiter convenablement, selon ses facultés et son état.

758. — Quelle est la sanction de ces obligations? Le refus que ferait la femme d'habiter avec son mari, ou que celui-ci ferait de la recevoir, constituerait évidemment une injure grave qui pourrait servir de fondement à une demande en séparation de corps. L'époux coupable perdrait même le droit d'exiger des secours alimentaires. Mais cette double sanction peut être inefficace ou ne pas convenir à l'époux qui demande à l'autre l'accomplissement direct de son devoir. Peut-il alors recourir *à la force armée?* Ainsi,

Ces devoirs ont-ils une sanction?

Quid, si la femme refuse d'habiter avec son mari ou si son mari refuse de la recevoir?

La femme qui refuse d'habiter avec son mari peut-elle y être contrainte *manu militari*?

lorsque la femme refuse obstinément d'habiter avec son mari, peut-elle y être contrainte *manu militari?*

L'affirmative est généralement admise. Toute obligation, par cela seul qu'elle est écrite dans la loi, doit avoir une sanction efficace : autrement, elle n'existerait point! Or, il n'y a qu'un seul moyen de contraindre directement la femme à habiter avec son mari; ce moyen, c'est l'emploi de la force publique. Donc... etc.

Il est vrai que, suivant le droit commun, lorsqu'une personne s'est obligée *à faire quelque chose,* on ne peut point l'y contraindre *par des violences exercées sur sa personne* (voy. l'explic. des art. 1142 et suiv.). Mais cette règle n'a trait qu'aux obligations relatives à des intérêts matériels et pécuniaires; or, dans notre espèce, il s'agit d'un droit moral ou de famille.

La loi a dû respecter la liberté et la personne du débiteur, lorsqu'il refuse de procurer à son créancier *l'avantage pécuniaire* qu'il lui doit : dans ce cas, en effet, on peut, par un équivalent, c'est-à-dire par une somme d'argent, indemniser le créancier du préjudice que lui cause l'inexécution de l'obligation. Lors, au contraire, qu'il s'agit d'un droit de famille, quel équivalent peut-on procurer au créancier ? Des dommages et intérêts? Mais une réparation en écus serait profondément immorale. Le mari qui ferait escompter en argent la faute de sa femme en fuite blesserait toutes les convenances (1). Il faut avoir recours à un autre moyen; et, comme il n'en existe aucun autre que l'emploi de la force publique, il y a nécessité d'y recourir.

On objecte que ce moyen sera lui-même inefficace : la femme, une fois réintégrée au domicile de son mari, pourra, dit-on, s'enfuir de nouveau et rendre ainsi vaine toute coercition.

Il est bien vrai que la femme pourra s'enfuir de nouveau : car, si son mari a le droit de la faire ramener chez lui, il ne lui est point permis de l'y retenir en charte privée. Mais c'est beaucoup qu'elle revienne : peut-être qu'alors, sous l'empire des conseils de sa famille, en présence des enfants qu'elle avait abandonnés, libre des influences funestes qui l'avaient entraînée hors de son devoir, elle comprendra que son intérêt et son honneur exigent d'elle le sacrifice de ses passions et la réparation de sa faute (2).

(1) Toutefois, si la faute de la femme a causé au mari un dommage matériel, par exemple, si un paysan, en l'absence de sa femme, a été obligé de prendre à sa place une domestique pour les travaux de la maison, ce dommage devrait être réparé pécuniairement.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 453; *Cours de C. civil*, t. I, p. 325; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 2, n°s 6 et 13; Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, n° 258; Dem., t. I, n° 297 *bis*, III; Marc., sur l'art. 214; MM. Demol., t. II, n° 107; Aubry et Rau, t. V, § 471, notes 7 et 8.

Quelques personnes, outre ce moyen énergique de coercition, admettent que le mari peut, s'il le préfère, saisir et faire mettre sous le séquestre les revenus des biens dont sa femme a la jouissance, afin de la ramener par le besoin.

759. — Le principe que la femme doit habiter avec son mari souffre trois exceptions. Ainsi : Le principe que la femme doit habiter avec son mari ne souffre-t-il point des exceptions?

1° Elle n'est pas tenue de le suivre *à l'étranger,* lorsque l'émigration est défendue par une loi politique : on ne peut pas, en effet, la contraindre à se mettre en révolte contre les lois.

2° Elle n'est pas tenue de le suivre dans sa vie errante, dans ses voyages, lorsqu'il entend ne se fixer nulle part : car tout ce que la loi exige d'elle, c'est qu'elle *habite* avec lui *là où il réside.*

3° Elle n'est même pas tenue d'habiter là où il réside, lorsqu'il ne la reçoit pas dans un logement convenable et décent, selon sa fortune et son état : car, si elle est tenue de vivre sous son autorité, c'est à la charge par lui de la traiter maritalement, honnêtement et selon sa condition. Dès qu'il manque à son devoir, elle est affranchie du sien.

760. — III. Incapacité de la femme mariée ; — autorisation maritale. — Nous étudierons sur cette matière : 17e *Répétition.* Art. 215 et suiv.

D'autres vont plus loin encore! elles considèrent comme légitime la saisie des revenus personnels de la femme, *avec appropriation au profit du mari.*

— Dans un autre système, on rejette la coercition *manu militari* et la coercition par *la saisie des revenus.* La femme que l'on contraint *manu militari* à l'accomplissement de son devoir, subit, dit-on, une arrestation, et même un emprisonnement, lorsqu'elle est arrêtée loin du domicile de son mari. Selon notre droit public, personne ne peut être arrêté et emprisonné *que dans les cas prévus par la loi.* Or, nulle loi n'a autorisé l'arrestation, et encore bien moins l'emprisonnement, même temporaire, e la femme qui fuit le domicile de son mari !

A la vérité, toute obligation écrite dans la loi est accompagnée d'un moyen de coercition, sans lequel elle n'existerait point.

Sans doute! mais est-il donc nécessaire, pour qu'une obligation existe *civilement,* de placer à côté d'elle un moyen aussi énergique que la *manus militaris?* Non, assurément. La plupart des obligations en sont affranchies. Telles sont les obligations de *faire;* tels sont, pour prendre nos exemples dans notre matière, les devoirs de *fidélité* et *d'assistance* dont les époux sont tenus entre eux. — Les devoirs d'époux à époux ne comportent point l'intervention des gendarmes. Leur sanction se trouve ailleurs; nous l'avons déjà fait connaître. Elle consiste dans le droit qu'a l'époux qui a rempli les siens de demander contre l'époux coupable la séparation de corps, ou de lui refuser toute espèce d'assistance et de secours. Il se peut que cette sanction soit inefficace ; mais l'intervention de la force armée remettrait-elle donc toujours dans la voie du devoir l'époux qui en est sorti ?

Enfin, lorsque la loi entend placer à côté d'un devoir de famille le droit d'en obtenir l'accomplissement par *arrestation* et *emprisonnement,* non seulement elle s'en explique formellement, mais encore elle a soin de réglementer ce droit de coercition, afin qu'il ne devienne pas un abus (voy. les art. 374 et suiv.).

Qu'on ne dise point que les juges ont le droit d'assurer l'exécution forcée de leurs décisions *par toutes les voies praticables,* lorsque la loi, comme dans notre hypothèse, n'en a point tracé de spéciales! Ce droit si exorbitant n'est, en effet, écrit nulle part; aucun texte ne l'a consacré ! Les juges ne peuvent donc faire exécuter leurs décisions que *par les voies que la loi a tracées.*

Consultez Delv., t. I, p. 75; Dur., t. II, n° 440; MM. Duverg., *sur Toull.,* t. I, n° 616; Pont, *Rev. crit.,* 1851, p. 594, et 1852, p. 530; Oudot, *Du droit de famille,* p. 64; Laurent, t. III, nos 89 et suiv.

1° Le fondement de l'incapacité de la femme;

2° Les cas dans lesquels la femme est incapable d'agir sans autorisation;

3° Les cas dans lesquels l'autorisation de justice peut et doit suppléer l'autorisation du mari;

4° Les cas dans lesquels l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par l'autorisation de justice;

5° Les cas dans lesquels l'autorisation du mari ou de justice n'est pas requise;

6° Quand et comment se donne l'autorisation du mari;

7° Les formes de l'autorisation de justice;

8° Les effets de l'autorisation maritale ou de justice;

9° Enfin les effets du défaut d'autorisation.

§ I. *Du fondement de l'incapacité de la femme mariée.*

La femme mariée n'est-elle pas incapable de faire, sans l'autorisation de son mari ou de justice, les actes de la vie civile?

Quelle est la cause de son incapacité?

Est-ce sa légèreté, son inexpérience?

En d'autres termes, est-elle incapable *propter fragilitatem sexûs*, comme l'est le mineur *propter fragilitatem ætatis?*

761. — La femme, dès le moment même de la célébration de son mariage et tant qu'il dure, est, en principe, ***incapable*** de faire seule, c'est-à-dire sans l'autorisation de son mari ou de justice, les actes de la vie civile.

Quelle est la cause de cette incapacité?

Est-ce la légèreté, l'inexpérience et la faiblesse de la femme?

Faut-il dire qu'elle est incapable *propter fragilitatem sexûs*, comme l'est le mineur *propter fragilitatem ætatis?*

Non, peut-on répondre, et cela pour trois raisons :

1° Les *filles* et les *veuves majeures* sont jugées avoir assez d'expérience et de maturité d'esprit pour gérer sagement leur personne et leur fortune : la loi leur reconnaît une pleine et entière capacité; or, le mariage n'altère en aucune façon cette capacité naturelle.

2° Si la loi plaçait les femmes sur la même ligne que les mineurs, si elle les tenait pour inexpérimentées et inhabiles à la gestion de leurs propres affaires, elle ne leur confierait assurément pas, ainsi qu'elle le fait, la tutelle de leurs enfants, et même celle de leur mari quand il est interdit (art. 390 et 507).

3° Lorsqu'une personne est frappée d'une incapacité *naturelle,* le protecteur que la loi place près d'elle pour la guider et pour l'empêcher de faire des actes préjudiciables à ses intérêts, ne peut point l'autoriser dans un contrat qui intervient *entre elle et lui :* l'autorisation qu'il lui donnerait dans ce cas n'effacerait point son incapacité : car, intéressé qu'il est dans l'acte qu'il s'agit de faire, il n'est point propre à la conseiller, à l'éclairer. Ainsi, par exemple, un curateur n'aurait point qualité pour autoriser le mineur émancipé à contracter avec lui : *nemo potest esse auctor in rem suam.* Cette règle ne reçoit pas d'application dans les rapports entre mari et femme. Alors même que la femme contracte avec

son mari, c'est son mari qui l'autorise (1). Or, s'il peut en l'autorisant l'habiliter à contracter avec lui, n'est-ce point parce que la loi la juge capable de se protéger elle-même? On conçoit, en effet, que, si elle était, de même qu'un mineur, naturellement incapable de défendre ses intérêts, on ne confierait point à son mari le soin de l'autoriser dans l'affaire où il a un intérêt contraire au sien.

761 *bis.* — Faut-il, par ces motifs, conclure que l'incapacité de la femme n'a d'autre fondement que la *puissance maritale,* c'est-à-dire *l'obligation d'obéissance* dont la femme est tenue envers son mari?

Son incapacité n'a-t-elle, au contraire, d'autre fondement que la *puissance maritale,* c'est-à-dire l'obligation d'obéissance dont elle est tenue envers son mari

Cela ne se peut pas, dira-t-on encore, et pour trois raisons:

1° Si l'incapacité de la femme n'avait été organisée que dans l'intérêt du mari, comme moyen de rendre son autorité plus réelle et plus efficace, le droit de faire annuler les actes que sa femme a passés sans aucune autorisation *n'appartiendrait qu'à lui seul;* or, ce droit, la loi le confère, non seulement au mari dont la puissance n'a pas été respectée, mais encore à la femme elle-même (art. 225).

Cette faculté qu'a la femme d'obtenir l'annulation des actes qu'elle a faits à l'insu et contre le gré de son mari, suppose nécessairement qu'en la frappant d'incapacité, la loi ne s'est pas exclusivement préoccupée de l'intérêt du mari : car, si elle n'avait pas entendu protéger la femme elle-même et sauvegarder sa propre fortune, dans quel but lui aurait-elle accordé le droit de faire annuler les actes qu'elle a faits sans autorisation?

2° Le mari, *quoique mineur,* est investi de la puissance maritale. Si donc l'incapacité de la femme n'avait d'autre fondement que l'obéissance qu'elle doit à son mari, celui-ci, quoique mineur, devrait pouvoir l'autoriser lui-même : car, tout jeune qu'il est, dès qu'il a le titre d'époux, il a par là même l'aptitude nécessaire pour recevoir de sa femme les marques de soumission auxquelles il a droit. C'est, en effet, ce qu'on décidait dans notre ancienne jurisprudence, où l'incapacité de la femme n'existait que comme une marque de l'obéissance que la femme doit à son mari. Or, le Code a suivi un autre système : lorsque le mari est *mineur,* ce n'est plus à lui que la loi confie le soin d'apprécier l'acte que veut faire sa femme, et de l'autoriser ou de l'empêcher suivant qu'il le juge ou non convenable ; ce soin, la loi le confie à la justice (art. 224). La loi se préoccupe donc des intérêts pécuniaires de la femme, puisqu'elle charge la justice de les sauvegarder lorsque le mari, à cause de sa jeunesse et de son inexpérience, se trouve incapable de les bien défendre!

(1) Si le mari était incapable d'autoriser sa femme quand elle contracte avec lui, la loi eût compris cette hypothèse parmi les cas dans lesquels elle exige que l'autorisation du mari soit remplacée par celle de justice; or, c'est ce qu'elle n'a point fait (voy. les art. 218, 21, 222 et 224).

3° Lorsque le mari est frappé d'une peine afflictive ou infamante, la loi le déclare indigne de la puissance maritale ; elle lui retire son droit d'autorisation (art. 221). Si ce droit d'autorisation n'était qu'une *conséquence de la puissance maritale,* la femme devrait, par la cessation même de cette puissance, cesser d'être incapable. Ce n'est pas pourtant ce que fait la loi. Elle ne veut pas que la femme puisse, même dans ce cas, agir seule : à défaut de son mari, elle doit, chaque fois qu'elle veut faire un acte qui intéresse sa fortune, prendre préalablement l'autorisation de la justice (art. 221). Or, si l'incapacité de la femme survit à l'extinction de la puissance maritale, n'est-ce point parce que cette incapacité n'a pas sa source unique en cette puissance?

L'incapacité de la femme n'aurait-elle pas pour fondement l'une et l'autre des causes qui viennent d'être signalées? Qu'en peut-on conclure?

762. — Que décider en présence de ces arguments pour et contre? Je crois, quant à moi, que les rédacteurs du Code ont entendu établir un système mixte. Voici, si je ne me trompe, quelle a été leur pensée. L'incapacité de la femme a pour fondement :

1° *L'obligation d'obéissance dont elle est tenue envers son mari.* La puissance maritale, c'est-à-dire le droit de discipline intérieure et de gouvernement domestique qu'on accorde au mari, ne serait qu'un vain mot si, à son insu et même contre son gré, la femme pouvait légitimement se mettre en relation d'affaires avec autrui et disposer ainsi de sa fortune selon son bon plaisir.

Voilà l'idée principale, fondamentale.

2° *La faiblesse et l'inexpérience naturelles de la femme.*

C'est l'idée accessoire.

La femme *majeure* qui ne se marie point estime elle-même qu'elle est assez forte, assez expérimentée, pour se passer d'un protecteur : de là la liberté dont elle jouit de gérer sa fortune comme elle l'entend.

Celle, au contraire, qui se marie, cherche une protection dans le mariage, un guide dans l'époux qu'elle se donne. Elle marque par là même qu'elle ne se sent ni assez forte ni assez expérimentée pour se charger seule du maniement de ses affaires. De là l'incapacité qui la protège contre elle-même.

Les travaux préparatoires du Code me donnent la confirmation de ce système. « Il est constant, disait M. Favard au Tribunat, que la loi a déclaré la femme incapable de s'engager, afin de la garantir de sa FAIBLESSE et sauver sa fortune. » — « Pothier, disait encore M. Mouricault, soutient que l'incapacité de la femme est établie, non point dans son intérêt, mais comme une déférence due à son mari ; mais cet assujettissement n'a-t-il donc pas AUSSI pour objet de donner un guide à *l'inexpérience* de la femme, de lui donner un protecteur contre la surprise ? »

Je dis donc, avec M. Mouricault : L'incapacité de la femme repose principalement sur l'obéissance que la femme doit à son mari, et subsidiairement sur sa faiblesse et son inexpérience. La loi l'a organisée, non seulement dans l'intérêt du mari, mais

encore dans l'intérêt particulier de la femme. D'où je tire cette conséquence : lorsque le mari donne, après coup, son consentement à l'acte que sa femme a fait sans autorisation, cette ratification postérieure laisse subsister l'action en nullité qui compète à la femme (1). Je reviendrai sur ce point, sous le n° 792.

§ II. *Des cas dans lesquels la femme est incapable d'agir sans autorisation.*

763. — L'incapacité de la femme est double : sans autorisation elle ne peut faire valablement ni des actes *extrajudiciaires* ni des actes *judiciaires*.

Art. 217.

I. De l'incapacité de la femme en matière d'actes extrajudiciaires. — La femme mariée ne peut point :

Quels sont les actes extrajudiciaires que la femme ne peut point faire sans autorisation ?

1° Donner, c'est-à-dire procurer ou s'engager à procurer à quelqu'un un avantage pécuniaire, sans équivalent pécuniaire en retour.

Qu'est-ce que *donner ?*

2° Aliéner, soit *à titre gratuit,* soit *à titre onéreux.*

Aliéner ?

Aliéner, c'est *rem suam alienam facere;* c'est transférer à quelqu'un la propriété d'une chose dont on est propriétaire.

Aliéner *à titre onéreux,* c'est transférer la propriété de sa chose en échange d'un équivalent pécuniaire qu'on reçoit en retour. Ainsi la vente est une aliénation à titre onéreux : car le vendeur reçoit, en échange de la propriété qu'il transfère, le prix qu'on lui paie, ou la créance du prix, lorsque l'acheteur ne le paie pas immédiatement.

Aliéner *à titre onéreux ?*

Aliéner *à titre gratuit,* c'est *donner*. Ainsi la donation est une aliénation *à titre gratuit :* car le donateur ne reçoit en échange du droit qu'il transfère qu'un équivalent purement moral, la reconnaissance du donataire, ou la satisfaction d'avoir contribué à son bonheur.

Aliéner *à titre gratuit ?*

3° Hypothéquer, c'est-à-dire établir sur un immeuble un droit réel en vertu duquel le créancier qui le reçoit peut, d'une part, se faire payer sur le prix de cet immeuble par préférence aux autres créanciers, et, d'autre part, quand le débiteur l'aliène, le saisir entre les mains du tiers acquéreur (voy. l'explic. de l'art. 2114).

Hypothéquer ?

4° Acquérir a titre onéreux ou a titre gratuit.

Acquérir *à titre onéreux*, c'est recevoir un avantage pécuniaire en échange d'un équivalent de même nature qu'on procure ou qu'on s'engage à procurer à une autre personne.

Acquérir *à titre onéreux ?*

Acquérir *à titre gratuit,* c'est recevoir sans donner.

Acquérir *à titre gratuit ?*

Ainsi, l'acheteur acquiert *à titre onéreux;* le donataire, *à titre gratuit*.

764. — La femme qui n'est point autorisée ne peut acquérir ni

Pourquoi ne peut-

(1) Val., *Explic. somm.*, p. 119; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 329 et suiv. — Comp. Oudot, *Du droit de famille*, p. 68 et suiv. ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 138, note 5; Demol., t. II, n°s 113 et suiv. ; Laurent, t. III, n° 95.

elle point acquérir à titre onéreux? A titre gratuit?

à titre onéreux, parce qu'en acquérant à ce titre elle donne quelque chose en retour; ni *à titre gratuit,* parce que les bonnes mœurs sont intéressées à ce qu'un mari connaisse la cause des libéralités qu'on veut faire à sa femme.

Est-elle incapable de *s'obliger ?*

765. — L'article 217, qui énumère les différents actes que je viens de définir, ne mentionne point *l'obligation* parmi eux. Il déclare la femme incapable de *donner,* d'*aliéner,* d'*hypothéquer* et d'*acquérir à titre onéreux ou gratuit;* mais il ne dit point, du moins expressément, qu'elle est incapable de *s'obliger*. Ce qui rend son silence fort significatif, c'est qu'on a rejeté la proposition du Tribunat, qui demandait qu'on insérât le mot *s'obliger* dans l'énumération des actes dont la femme est incapable.

De là la question de savoir si la femme peut, sans autorisation, contracter valablement *des obligations personnelles.*

Quelle espèce faut-il faire pour comprendre l'intérêt de cette question?

Mais, dira-t-on, cette question est oiseuse et sans objet! La personne qui *s'oblige* cède à son créancier, pour le cas où elle manquerait d'exécuter elle-même son obligation, le droit de faire vendre les biens qu'elle a ou qu'elle acquerra dans la suite, afin qu'il puisse se payer sur le prix qu'il en obtiendra. La capacité de *s'obliger* suppose donc la capacité d'*aliéner :* car il est évident que celui qui n'a pas le droit de disposer de ses biens ne peut pas céder à son créancier le droit de les vendre en son nom! Or, la femme est incapable d'*aliéner*. Donc elle est par là même incapable de *s'obliger*.

Ce principe est incontestable; et, si la femme était *dans tous les cas* absolument incapable d'*aliéner,* elle serait, par là même et dans tous les cas, absolument incapable de *s'obliger,* ce qui rendrait oiseuse la question que nous avons posée. Mais il n'en est pas ainsi. Nous verrons, en effet, plus tard, que la femme *séparée de biens a la libre administration* de sa fortune, et que ce droit d'administrer lui confère le droit de *disposer de son mobilier* et de *l'aliéner* (art. 1449). On peut donc, en se plaçant dans cette hypothèse, faire cette question: La femme *séparée de biens* peut-elle, jusqu'à concurrence de son mobilier, *s'obliger* valablement par *des contrats étrangers à l'administration de ses biens,* par exemple, en acceptant un mandat, ou en recevant un dépôt?

La négative me semble évidente. En principe, la femme est incapable de *s'obliger* aussi bien que d'*aliéner*. Cela résulte implicitement :

1° De notre article 217. On ne peut, en effet, *s'obliger* qu'*à titre gratuit* ou *à titre onéreux*. Donc la femme ne peut :

Ni s'obliger *à titre gratuit:* car s'obliger à ce titre c'est *donner,* et notre article le lui défend;

Ni s'obliger *à titre onéreux :* car s'obliger à ce titre, c'est, et notre article encore le lui défend, *acquérir* un équivalent pécuniaire, en échange de celui qu'on s'engage à procurer.

2° De l'article 220, qui, dans un cas spécial et *par exception,* lui permet de *s'obliger* sans autorisation.

3° Enfin, des articles 221, 222 et 224, qui exigent qu'elle soit autorisée pour *contracter,* c'est-à-dire tant pour *s'obliger* que pour *aliéner :* car *contracter* c'est s'obliger ou aliéner par convention.

Si les rédacteurs du Code n'ont point, quoique le Tribunat en ait fait la proposition, mentionné expressément dans notre article l'incapacité de *s'obliger,* c'est uniquement parce qu'ils ont craint que l'expression *s'obliger* ne fît naître cette fausse idée, que l'incapacité de la femme s'étend même aux obligations nées de ses délits ou quasi-délits.

766. — Voici donc le principe posé : la femme ne peut ni *aliéner* ni *s'obliger* sans l'autorisation de son mari ou de justice.

Une exception est apportée au principe ; précisons-la.

La femme SÉPARÉE DE BIENS a la *libre administration* de sa fortune. Ce pouvoir d'administrer lui confère, non pas la liberté absolue de faire toutes sortes d'actes, mais simplement la faculté d'aliéner son mobilier et de s'obliger, *dans la sphère de l'administration qui lui est confiée.* Donc tout acte, obligation ou aliénation, *qui dépasse les limites d'un acte de large administration* est en dehors de sa capacité, et, par conséquent, nul : car, lorsqu'on n'est plus dans les termes de l'exception, on reste dans la règle.

Le principe que la femme ne peut ni *aliéner* ni *s'obliger* ne souffre-t-il pas une exception ?

Quelle capacité la loi accorde-t-elle à la femme séparée de biens ?

Une capacité absolue, ou une capacité limitée à certains actes ?

Ainsi, *quoique séparée de biens,* la femme ne peut point, sans autorisation, contracter valablement des obligations *étrangères à l'administration de ses biens :* ceux avec lesquels elle a traité n'ont action *ni sur ses immeubles, ni même sur ses meubles* (1).

La femme séparée de biens peut-elle s'obliger par des actes étrangers à l'administration de ses biens ?

767. — Quand, au contraire, elle s'est *valablement obligée,* c'est-à-dire lorsque l'engagement qu'elle a pris a la nature et les caractères d'un acte d'administration ; si, par exemple, elle a fait un marché avec un ouvrier pour la réparation de quelqu'un de ses biens, l'exécution de cette obligation peut être poursuivie *sur ses meubles.*

Lorsqu'elle s'est obligée valablement par des actes d'administration, l'exécution de son obligation peut-elle être poursuivie, non seulement sur ses *meubles,* mais encore sur ses *immeubles ?*

Peut-elle l'être également *sur ses immeubles ?*

L'affirmative est généralement admise. La femme séparée qui fait des *actes d'administration* s'oblige valablement de la manière la plus complète, aussi énergiquement qu'elle s'obligerait avec l'autorisation de son mari, et, par conséquent, sur tous ses biens, c'est-à-dire *tant sur ses immeubles que sur ses meubles,* conformément au principe de l'article 2092 (2).

768. — Résumons. La femme qui n'est point autorisée ne peut ni faire ni recevoir une donation, ni aliéner ni acquérir à titre onéreux, et, par conséquent, ni acheter, ni vendre, ni échanger ; elle ne peut ni s'obliger, ni hypothéquer, ni accepter une succession... ; en un mot, elle est incapable de faire un acte susceptible de produire un effet de droit pour ou contre elle. Telle est la règle.

(1) Dem., t. I, p. 423 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 463 ; *Cours de C. civ.*, p. 335 ; MM. Demol., t. II, nos 163 et suiv. ; Laurent, t. III, n° 97.

(2) Dur., t. II, n° 492 ; Dem., t. I, p. 423 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 465 ; M. Demol., t. II, n° 161. Voy. aussi mon *Exam. crit. du commentaire de M. Troplong sur les priv.*, t. I, n° 6.

L'incapacité de la femme est-elle *indépendante* du régime sous lequel la femme s'est mariée?
En d'autres termes, son incapacité a-t-elle, dans tous les cas, la même étendue?

769. — A ne consulter que les termes de notre article 217, cette règle serait *indépendante du régime sous lequel la femme est mariée.* Il n'en est rien pourtant. L'incapacité de la femme existe, il est vrai, sous tous les régimes, mais plus ou moins complète, suivant le régime qu'elle a stipulé. Il faut à cet égard faire une distinction :

Si la femme ne s'est point réservé le droit d'administrer ses biens en tout ou en partie, elle ne peut rien, son incapacité est absolue : elle s'applique aussi bien aux actes de simple *administration* qu'aux actes de *disposition.*

Que si, au contraire, elle a conservé, d'après ses conventions matrimoniales, l'administration de ses biens, en tout ou en partie, ce qui a lieu notamment sous le régime de la séparation de biens (art. 1536), et aussi sous le régime dotal quant à ses paraphernaux (art. 1576), son incapacité n'est plus que relative *à certains actes :* incapable de tout acte de *disposition,* elle peut faire tout acte *d'administration.*

La femme mariée est-elle, dans tous les cas, incapable de faire le commerce sans l'autorisation de son mari?

770. — Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme ne peut point *faire le commerce* sans l'autorisation de son mari. Mais, lorsqu'elle est autorisée à faire un négoce, elle peut, sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation, faire tous les actes qui s'y rapportent (C. de comm., art. 4, 5 et 7).

Art. 215.

La femme mariée peut-elle, sans autorisation, *ester en justice ?* — Qu'est-ce qu'*ester* en justice?
Est-elle incapable sous quelque régime qu'elle soit mariée?
Quid, s'il s'agit d'un procès relatif aux actes qu'elle a pu faire sans autorisation?

771. — II. Des actes judiciaires. — La femme ne peut point, sans autorisation, *ester en justice* (*stare in judicio*), c'est-à-dire plaider, figurer comme partie dans un procès.

La règle est générale. Elle s'applique :

1° Sous quelque régime que la femme soit mariée;

2° A toute espèce de différends, et alors même qu'ils se rapportent à des actes qu'elle a pu faire sans autorisation. Ainsi, quoique la femme séparée de biens puisse valablement, à elle seule, faire des actes d'administration, quoique la femme marchande publique puisse sans autorisation faire les actes qui concernent son négoce, si ces actes d'administration ou de commerce donnent lieu à un procès, elle ne peut le soutenir qu'en vertu d'une autorisation spéciale.

Pourquoi la femme qui est séparée de biens peut-elle faire seule des actes d'administration, tandis qu'elle a besoin d'être autorisée pour les procès relatifs à ces mêmes actes?

La nécessité d'une autorisation pour chaque acte en particulier entraînerait des lenteurs. Ces lenteurs s'accommoderaient mal avec le besoin de célérité que comporte l'administration d'un patrimoine ou d'un commerce. De là la capacité accordée à la femme qui s'est réservé l'administration de sa fortune ou qui est marchande publique, de faire librement des actes d'administration ou de commerce.

Il est toujours temps, au contraire, de s'engager dans un procès; un acte de cette nature exige des réflexions, et la nécessité d'une autorisation, au lieu d'y faire obstacle, ne fait que les rendre plus faciles et plus sûres (1).

(1) « L'incapacité de plaider existait dans l'ancien droit, mais d'une manière

3° Alors même que la femme plaide contre son mari. Ainsi, lorsqu'elle forme une demande contre lui, elle ne peut le faire qu'en vertu de son autorisation, ou de celle de la justice. — Toutefois, lorsqu'elle veut former une demande en *séparation de corps* ou *de biens*, elle peut, sans aucune autorisation, présenter la *requête* qui doit précéder sa demande; quant à la *demande* elle-même, elle la forme, non point avec l'autorisation de son mari, mais avec l'autorisation du président du tribunal (art. 865, 875 et 878, C. pr.).

Quid, si la femme plaide contre son mari?

Quid, si elle forme contre lui une demande en séparation de corps?

4° Quelque rôle qu'elle ait dans l'instance, c'est-à-dire soit qu'elle agisse comme *demanderesse*, soit qu'elle agisse comme *défenderesse*.

Faut-il qu'elle soit autorisée même dans le cas où elle agit comme *défenderesse?*

Art. 216.

772. — Sous ce dernier rapport cependant une exception a été admise : l'autorisation n'est point nécessaire lorsque la femme est défenderesse *en matière criminelle, correctionnelle* ou *de police*.

Cette règle ne souffre-t-elle pas une exception?

Pourquoi peut-elle, sans autorisation, plaider comme *défenderesse* en matière *criminelle, correctionnelle* ou *de police?*

Quel est le motif de cette exception?

La défense, a-t-on dit, est *de droit naturel*, rien ne doit l'entraver.

Mais la défense n'est-elle pas aussi de droit naturel en matière civile?

Le mari, a-t-on dit encore, ne peut point, par son refus d'autorisation, empêcher l'action de la société qui poursuit la réparation d'une infraction aux lois.

Mais le mari peut-il donc, en matière purement civile, empêcher, par son refus, l'exercice des actions civiles auxquelles sa femme est soumise?

Voici, si je ne me trompe, la véritable pensée de la loi.

En matière civile, le mari et la justice peuvent, dans certains cas, refuser *justement, utilement*, l'autorisation que sollicite la femme de plaider comme défenderesse : car il se peut que sa défense soit le résultat d'un entêtement ridicule et injuste. Ce refus d'autorisation amènera contre elle une condamnation par défaut, car la femme défenderesse sans autorisation est réputée défaillante; mais cela ne vaut-il pas mieux qu'une condamnation contradictoire, après beaucoup de temps perdu, et avec des frais énormes à supporter?

Il n'en est pas de même lorsque la femme est défenderesse *en matière criminelle :* dans ce cas, elle a toujours intérêt à se dé-

« moins absolue, en ce qu'on permettait à la femme *séparée de biens* de plaider « librement pour les actes de son administration... Il nous semble que la « règle de l'ancien droit valait mieux : puisque la femme administre, elle « devrait avoir le droit de venir librement défendre en justice les actes de sa gestion, par exemple réclamer les loyers de ses maisons ou de ses biens ruraux, le prix de ses récoltes vendues, etc. N'est-il pas scandaleux de voir « un mari, notamment en cas de séparation de corps, opposer à la femme des « refus systématiques d'autorisation ou ne pas même répondre aux demandes « qu'elle lui fait à ce sujet? » (Val., *Cours de C. civ.*, p. 348).

fendre, ne fût-ce que pour faire diminuer la peine qu'elle doit encourir. Sa défense étant dans tous les cas utile et juste, on ne peut pas la forcer de se laisser condamner par défaut; or, si l'autorisation de se défendre ne peut *en aucun cas* lui être refusée justement, à quoi bon la demander (1) ?

La femme qui se marie pendant le cours d'un procès où elle est engagée, a-t-elle besoin d'être autorisée pour le continuer?

773. — Revenons à notre règle.

Une fille ou une veuve majeure est engagée dans un procès; elle se marie : — l'autorisation est-elle nécessaire? On distingue :

L'affaire est-elle en état au moment du mariage : le changement qui s'est opéré dans la capacité de la femme est un fait indifférent. Le rôle des parties et de leurs procureurs étant achevé et la défense complète, rien ne peut plus retarder le jugement. Dès lors, il n'est besoin d'aucune autorisation (art. 342 et 343, C. pr.).

L'affaire n'est-elle point en état : le rôle des parties n'étant point, dans ce cas, terminé, l'affaire ne peut plus marcher régulièrement tant que la femme n'a pas été autorisée à la continuer.

774. — Toutefois, les procédures peuvent être utilement continuées sans autorisation, tant que le mariage n'a pas été notifié à

(1) Lorsque la femme a commis un délit ou un crime, deux actions, *l'action publique* et *l'action civile*, existent contre elle (voy. le n° 714).

Elle peut, sans aucune autorisation, défendre à *l'action publique*. En est-il de même quant à *l'action civile?* N'y peut-elle, au contraire, valablement défendre qu'autant qu'elle a été autorisée? On distingue :

Si la partie civile agit en même temps que le ministère public et devant le tribunal criminel, la femme ainsi poursuivie n'a pas besoin d'autorisation : la loi, qui la déclare capable de se défendre, quant au fait principal, l'habilite par là même quant aux conséquences de ce fait : *accessorium sequitur principale.* — La partie civile, par les preuves qu'elle fournit, aide d'ailleurs le ministère public à prouver le délit : il faut donc que la femme puisse se défendre contre elle. — L'art. 359 du Code d'instruction criminelle confirme ce système. Il dit, en effet, que la partie civile peut former sa demande à l'audience même où s'agite l'action publique, jusqu'au jugement, et, par conséquent, *au dernier moment de la procédure;* or, cette faculté serait entravée, il serait même souvent impossible d'en user, s'il fallait, pour cela, assigner préalablement le mari en validité de la demande formée contre la femme.

Si, au contraire, la partie civile forme sa demande devant le tribunal civil, la femme n'y peut défendre qu'autant qu'elle est autorisée : alors, en effet, on ne peut plus dire qu'elle est poursuivie *au criminel.*

— Une troisième hypothèse est possible. La femme peut être poursuivie devant le tribunal correctionnel par la partie lésée, sans l'être par le ministère public (art. 145 et 182, Instr. crim.) : a-t-elle, dans ce cas, besoin d'une autorisation? « Oui, sans aucun doute, a-t-on dit : car, dans l'espèce, l'action est exclusivement civile, et rien n'empêche la partie lésée d'assigner, aux fins d'autorisation, le mari en même temps que la femme. »

J'aime mieux la négative. Le tribunal correctionnel saisi de l'action civile doit, avant d'accorder les dommages et intérêts réclamés par la partie lésée, constater le délit. Cette constatation peut amener contre la femme une condamnation correctionnelle : car le ministère public qui est présent peut immédiatement conclure à l'application de la peine. Or, du moment que la femme est exposée à subir une peine, elle n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre (Val., *Explic. somm.*, p. 123; Dem., t. I, n° 299 *bis*, III; M. Demol., t. II, n° 143).

l'adversaire de la femme : car il n'est pas tenu de savoir qu'elle a changé d'état (art. 344, C. pr.).

775. — La femme engage un procès ; le mari donne son autorisation : quelle en est l'étendue ? La femme peut-elle, sans autorisation nouvelle, plaider *en appel* et *en cassation ?*

La femme autorisée à plaider peut-elle, sans autorisation nouvelle, plaider *en appel* ou *en cassation ?*

Si l'autorisation est expressément limitée à tel ou tel degré de juridiction, à tel ou tel recours, il est évident qu'elle n'a qu'un effet limité et restreint au degré et au recours textuellement prévus. Ainsi, par exemple, la femme qui est autorisée à plaider *en première instance* ne peut point, sans une autorisation nouvelle, plaider *en appel*.

A l'inverse, si l'autorisation est expressément donnée *in omnem causam*, c'est-à-dire pour suivre le procès dans toutes ses phases, la femme qui l'a obtenue peut, sans autorisation nouvelle, ester en appel et même en cassation (1).

Mais que décider si l'autorisation n'est, dans ses termes, ni restreinte au premier degré, ni étendue à toutes les phases du procès, lorsqu'elle est, par exemple, conçue en ces termes : *pour suivre tel procès, pour former telle demande ?*

Il faut, je crois, résoudre la question par une distinction :

La femme qui a obtenu cette autorisation n'a pas besoin d'être autorisée de nouveau pour *ester en appel :* car l'appel ne constitue point une affaire nouvelle : ce n'est rien autre chose que *la suite* ou plutôt *la continuation* devant une juridiction supérieure d'une affaire qui a déjà été jugée par un tribunal d'un degré inférieur.

La requête civile (art. 480, C. pr.), ou le recours en cassation, constitue, au contraire, une affaire vraiment nouvelle : car le procès qui a subi et épuisé les deux degrés de juridiction est réellement terminé. La femme ne pourra donc point, sans une autorisation nouvelle, ester en requête civile ou en cassation (2).

§ III. *Des cas dans lesquels l'autorisation de justice peut et doit suppléer l'autorisation du mari.*

Art. 218, 219, 221 222 et 224.

776. — Il se peut : 1° que le mari, par caprice ou par quelque passion injuste, refuse, sans raison légitime, l'autorisation dont la femme a besoin pour passer un acte qu'elle a intérêt de faire ; 2° qu'il soit dans l'impossibilité physique ou légale de la donner. La faculté qu'a la femme de s'adresser alors à la justice, et de se faire autoriser par elle, à défaut de son mari, pare à ce double inconvénient. Ainsi, l'autorisation de justice peut suppléer à celle du mari :

Si le mari refuse son autorisation, ou s'il est incapable de la donner, la femme reste-t-elle nécessairement incapable de faire des actes judiciaires ou extrajudiciaires ?

(1) *Contra*, M. Laurent, t. III, n° 149.
(2) Comp. M. Demol., t. II, n°s 285 et suiv.

777. — 1° *Lorsqu'il refuse* INJUSTEMENT *l'autorisation qu'on lui demande.*

778. — 2° *Lorsqu'il est en état de déclaration ou même de simple présomption d'absence.* — En est-il de même lorsqu'il est simplement *non présent?* En principe, non : car la *non présence* du mari ne constitue point l'*impossibilité* d'obtenir son autorisation. On peut attendre son retour ou lui écrire, puisqu'on sait où il est. Toutefois, si, en cas d'*urgence,* il était *impossible* à la femme d'avoir, en temps utile, l'autorisation de son mari, elle pourrait alors la suppléer par une autorisation de la justice. Cette solution est, à la vérité, contraire à l'article 222 du Code civil, qui ne parle que du mari *absent,* et surtout à l'article 863 du Code de procédure, qui vise expressément le cas de la *présomption* ou de la *déclaration d'absence;* mais, ces textes n'étant point conçus dans un sens exclusif, on peut, en se fondant sur leur esprit, les appliquer toutes les fois qu'il y a *impossibilité constatée d'obtenir en temps utile* l'autorisation du mari. C'est, en effet, l'observation qui fut faite au Conseil d'Etat, lors de la discussion à laquelle a donné lieu le point que nous étudions (voy. Fenet, t. IX, p. 78) (1).

Quid, s'il est mineur? Ne peut-il pas, quoique mineur, donner, dans un certain cas, une autorisation utile?

779. — 3° *Lorsqu'il est mineur.* — Incapable de se protéger lui-même, comment pourrait-il protéger les autres? Toutefois, émancipé par le fait même de son mariage, il n'est pas absolument incapable : certains actes, tels que les actes d'administration et l'exercice des actions mobilières, lui sont permis (art. 481 et 482). Habile à les faire seul et sans aucune assistance, il peut évidemment habiliter sa femme à les faire pour son propre compte.

Cette observation est juste et utile, en ce qui touche l'*exercice des actions mobilières.* La femme, alors même qu'elle est séparée de biens, et par suite habile à faire des actes d'administration, est toujours incapable d'*ester en justice* (voy. le n° 771, 2°) : elle ne peut donc ni intenter une action mobilière, ni y défendre; l'autorisation dont elle a besoin à cet effet pourra lui être efficacement donnée, même par son mari mineur.

Quant aux *actes d'administration,* notre observation, quoique juste en elle-même, est inutile. Et, en effet, de deux choses l'une : ou la femme dont le mari est mineur s'est réservé, par son contrat de mariage, le droit d'administrer ses biens, et alors elle n'a besoin d'aucune autorisation pour faire des actes d'administration; ou ce droit appartient à son mari, et alors il n'a aucune autorisation à donner, puisque sa femme n'a aucun droit à exercer (voy. le n° 769).

Quid, du mari interdit?

780. — 4° *Lorsqu'il est interdit.* — Ajoutons, quoique la loi ne le dise pas expressément : lorsque, sans être interdit, il est placé

(1) Dur., t. II, n° 506; Dem., t. I, n° 305 *bis*; M. Demol., t. II, n° 214. — *Contra*, Marc., sur l'art. 222; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, note 39; Laurent t. III, n° 127.

dans une maison d'aliénés. En effet, il est alors, de même que l'interdit, privé de l'exercice de ses droits.

Quid, du mari qui est placé dans une maison d'aliénés?

— De même, et par analogie, le mari qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut point autoriser sa femme à passer des actes qu'il serait lui-même incapable de faire pour son propre compte (voy. les art. 499 et 513) (1).

Quid, du mari pourvu d'un conseil judiciaire?

Art. 221

781. — 5° *Lorsqu'il a été frappé d'une condamnation contradictoire ou par contumace à une peine afflictive ou infamante,* mais seulement *pendant la durée de sa peine.*

Quid, lorsqu'il a été condamné à une peine afflictive ou infamante?

La dégradation civique fait-elle perdre au mari son droit d'autorisation?

— La peine, principale ou accessoire, de la *dégradation civique,* fait-elle perdre au mari son droit d'autorisation? On pourrait le penser : car, aux termes de notre article, toute peine *infamante* a cet effet,et la dégradation civique est une peine *infamante* (art. 8, C. pén.). Je préfère pourtant la négative, et voici pourquoi :

1° L'article 34 du Code pénal énumère limitativement les déchéances ou incapacités qu'encourt le condamné à la dégradation

(1) MM. Val., à son cours ; Demol., t. II, n° 226 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 45. — Suivant M. Laurent (t. III, n° 132), l'autorisation sera donnée par le mari assisté de son conseil.

— Le Code ne prévoit pas le cas où c'est la femme qui est *mineure* ou *interdite.* Supposons-la d'abord *mineure.* Elle est alors incapable à un double titre, comme femme mariée et comme mineure, mais comme mineure *émancipée,* car le mariage emporte de plein droit l'émancipation des époux (art. 476).

Son mari, *s'il est majeur,* lui sert alors de *curateur.*

De là cette double conséquence :

1° Tous les actes qu'un mineur émancipé peut faire avec la seule assistance de son curateur (art. 482), la femme peut les faire avec autorisation de son mari : car, en l'autorisant comme *mari*, il l'assiste, par là même et en même temps, comme *curateur;*

2° Quant aux actes pour lesquels un mineur émancipé aurait besoin de l'assistance de son curateur, de l'autorisation de son conseil de famille et de l'homologation du tribunal (art. 483 et 484), la femme *mineure* ne peut point les faire avec la seule autorisation de son mari; il lui faut de plus l'autorisation de son conseil de famille et l'homologation du tribunal : elle est alors autorisée par son mari, par sa propre famille et aussi par la justice.

Si son mari refuse injustement l'autorisation dont elle a besoin, ou s'il est dans l'impossibilité physique ou légale de la donner, et, par exemple, s'il est lui-même *mineur*, le tribunal désigne alors un curateur qui le remplace (voy. l'art. 2208) ; ce curateur est donné *ad hoc*,c'est-à-dire relativement à l'affaire spéciale pour laquelle il a été désigné. L'état d'une femme en puissance de mari ne comporte point, en effet, l'établissement d'une curatelle permanente et générale.

Supposons-la maintenant *interdite.* Elle n'a plus besoin alors d'aucune autorisation : car par le fait de son interdiction elle a perdu l'exercice de tous ses droits. Son mari, devenu son tuteur (art. 506), la représente dans tous les actes qui l'intéressent, de même qu'un tuteur ordinaire représente son mineur.

Si par extraordinaire elle a un tuteur étranger, ce qui arrive lorsque son mari a été excusé, exclu ou destitué de la tutelle, le tuteur, bien qu'il la représente, quoiqu'il agisse en son nom, peut faire tous les actes qui l'intéressent, sans être obligé de prendre l'autorisation du mari ou de la justice : car l'incapacité des femmes mariées, ayant son fondement principal dans l'obéissance qu'elles doivent à leur mari, suppose qu'elles jouissent de leur pleine raison et qu'elles agissent par elles-mêmes (M. Demol.,t. II, n° 228).

civique, et parmi elles ne se trouve point la déchéance *du droit d'autorisation;*

2° Il résulte de ces termes, employés par la loi (art. 221) : *pendant la durée de sa peine,* que l'incapacité du mari frappé d'une peine afflictive ou infamante a une durée *limitée;* en un mot, qu'elle est *temporaire.* Or, si cette incapacité devait résulter de la dégradation civique, elle serait *perpétuelle* au lieu d'être *temporaire :* car la dégradation civique, principale ou accessoire, dure à perpétuité, sauf le cas fort rare de la réhabilitation (art. 619, C. inst. crim.). Le condamné aux travaux forcés *à temps,* à la détention ou à la reclusion, ou au bannissement (ces peines, quoique temporaires, emportent *à perpétuité* la dégradation civique, art. 28, C. pén.), serait privé de son droit d'autorisation, non seulement *pendant la durée de sa peine,* mais encore *après l'avoir subie,* ce qui serait la violation formelle de notre article !

Nous dirons donc :

1° Que le mari condamné à la peine principale de la dégradation civique ne perd point son droit d'autorisation;

2° Que le mari qui encourt la dégradation civique *accessoire,* c'est-à-dire comme une conséquence d'une condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention, à la reclusion ou au bannissement, n'est déchu de son autorité que *pendant la durée de sa peine principale* (1).

§ IV. *Des cas dans lesquels l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par celle de justice.*

Dans quels cas l'autorisation du mari ne peut-elle point être suppléée par celle de justice?
Pourquoi est-elle absolument nécessaire lorsque la femme veut aliéner ses immeubles pour l'établissement des enfants communs?

782. — L'autorisation judiciaire ne peut pas suppléer l'autorisation maritale :

1° *Lorsque la femme veut aliéner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs.* — Si le mari refuse son consentement à l'établissement de ses enfants, c'est qu'il a de bonnes raisons pour s'y opposer; la justice n'a pas à intervenir dans ce débat (voy. les art. 1555 et 1556 combinés). Le motif de cette exception en détermine l'étendue : elle ne s'applique qu'au cas où le mari présent est en état d'accorder ou de refuser son autorisation. On rentrerait donc dans la règle, s'il était absent ou interdit.

Art. 220.
Est-elle absolument nécessaire, lorsque la femme veut faire le commerce?
Pourquoi l'est-elle?

783. — 2° *Lorsqu'elle veut faire le commerce.* — Quand il s'agit d'un acte déterminé, la justice peut facilement l'apprécier et peser les conséquences qu'il pourra avoir : elle peut donc, lorsqu'il lui paraît nécessaire ou utile, et qu'en conséquence elle juge injuste le refus du mari, habiliter la femme à le faire. Il n'en est

(1) MM. Dur., t. II, n° 507; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 42; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 470; Bug., à son cours; Dem., t. I, n° 394 *bis*; Demol., t. II n° 216.

plus de même lorsqu'il s'agit d'*un commerce* à entreprendre. Il s'agit alors non plus d'un acte *unique,* simple, dont on peut aisément se rendre compte, mais d'une *suite d'affaires,* d'actes réitérés et de natures différentes : il est donc impossible d'en déterminer à l'avance les conséquences. Qui peut dire jusqu'où elles iront? Peut-être amèneront-elles la ruine totale de la femme, et même la perte de sa liberté : car les femmes commerçantes, du moins jusqu'à ces derniers temps, étaient *contraignables par corps!* La femme qui demande à diriger des affaires aussi périlleuses doit être douée d'une grande expérience et de beaucoup de raison. Mais qui sera juge de ce point? Les tribunaux n'ont point les éléments nécessaires pour le vérifier. Ce serait au hasard et, pour ainsi dire, en aveugles qu'ils accorderaient à la femme la capacité la plus compromettante ! C'est donc au mari seul, car lui seul peut le faire en parfaite connaissance de cause, qu'appartient le droit de juger si la femme est ou non capable de courir les chances périlleuses du commerce qu'elle veut entreprendre. De là la disposition de l'article 4 du Code de commerce : *La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.*

La femme dont le mari est absent ou interdit, peut-elle faire le commerce avec l'autorisation de justice?

784. — Quelques personnes ont proposé une distinction : lorsque le mari est présent et qu'il refuse son consentement, on conçoit que la justice ne puisse pas donner à la femme une autorisation qui pourrait amener la perte de sa fortune entière et de sa liberté; mais, quand il est absent, quand il est interdit, faut-il donc que son impossibilité de manifester sa volonté rende sa femme incapable d'une profession qui seule peut-être peut lui procurer sa subsistance, celle de ses enfants et de son mari (1)?

D'autres rejettent cette distinction. La règle établie par l'article 4 du Code de commerce est absolue. La femme, y est-il dit, ne peut faire le commerce sans l'autorisation de son mari. On peut regretter sans doute que la loi n'ait pas fait la distinction qu'on propose; mais enfin elle ne l'a pas faite : *dura lex sed lex* (2).

3° Lorsque, étant mariée sous un autre régime que celui de la séparation de biens, elle veut accepter une *exécution testamentaire* (voy. l'explic. de l'art. 1029).

§ V. *Des cas dans lesquels l'autorisation du mari ou de justice n'est pas requise.*

La femme ne peut-elle pas faire valablement certains actes, s'obliger même, sans aucune autorisation A quels actes s'applique cette excep n?

785. — La nécessité de l'autorisation du mari ou de justice ne s'applique point :

786. — I. AUX ACTES D'ADMINISTRATION, lorsque la femme s'est, par son contrat de mariage, réservé le droit d'administrer sa fortune en tout ou en partie (voy. le n° 769).

(1) Dem., t. I, n° 302 *bis*, V ; Marc., sur l'art. 220.
(2) MM. Bravard, sur l'art. 4, C. comm. ; Demol., t. II, n° 248 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 70.

Art. 226.

Pourquoi la femme peut-elle *tester* seule ?

787. — II. Au testament. — Deux raisons ont fait admettre cette exception : 1° le testament devant être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, il importe que la femme qui le fait soit libre de toute influence étrangère, ce qui n'aurait pas lieu si elle ne pouvait le faire qu'avec l'autorisation de son mari ; 2° le testament d'ailleurs ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale, puisqu'il ne doit produire ses effets qu'à l'époque où elle aura cessé d'exister, c'est-à-dire au décès de la femme.

788. — III. Aux droits que la loi lui confère directement et par une disposition formelle. — Tels sont, par exemple : 1° le droit de consentir au mariage de ses enfants (art. 148 et 149) ; 2° le droit d'accepter pour eux les donations qui leur sont offertes (art. 935) ; 3° le droit de faire transcrire celles qu'elle a valablement acceptées pour son propre compte (art. 940) ; 4° le droit de révoquer celles qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096) ; 5° enfin, la faculté de faire inscrire l'hypothèque que l'article 2121 lui confère sur les biens de son mari (art. 2137). La loi qui l'investit directement de ces droits l'habilite par là même à les exercer.

789. — IV. Aux actes conservatoires de sa fortune acquise, pourvu qu'ils soient de telle nature qu'elle ne soit pas obligée pour les faire d'*ester en justice*. Que lui défend, en effet, la loi ? 1° d'ester en justice ; 2° de faire des actes d'***aliénation*** ou ***acquisition;*** 3° de *s'obliger*. Mais là s'arrêtent ses prohibitions. La femme peut donc, à elle seule, pourvu qu'il ne s'agisse point d'***ester en justice,*** faire tous les actes qui ne renferment ni ***acquisition,*** ni ***aliénation,*** ni ***obligation,*** c'est-à-dire les actes simplement ***conservatoires*** de sa fortune acquise. C'est ainsi, par exemple, qu'elle peut faire une sommation à ses débiteurs, à l'effet de les constituer en demeure, ou un protêt pour assurer ses droits contre les endosseurs d'une lettre de change. La loi, quant à ces actes, lui permet d'agir seule, parce qu'ils sont de telle nature qu'ils ne peuvent que lui profiter, sans nuire jamais à son mari (1).

Dans quels cas la femme, quoique non autorisée, est-elle valablement obligée ?

790. — V. Aux obligations dont elle est tenue indépendamment de sa volonté, c'est-à-dire ***qui lui sont*** imposées ***par la loi,*** — en d'autres termes, ***aux obligations qui se forment*** sans ***convention :*** car c'est uniquement sa ***volonté*** qu'on a faite ***dépendante :*** tout ce qu'exige la loi, c'est que la femme qui est mariée ne puisse pas, par l'effet de sa volonté personnelle, s'obliger sans autorisation.

Cette cinquième exception comprend :

Quid, si elle em-

1° *Les obligations qui ont leur source dans ce principe d'équité :*

(1) Ces actes sont valables sans doute; mais la femme qui les a ordonnés sans autorisation est-elle valablement *obligée* de payer, à l'huissier qui les a faits, les frais qu'ils ont occasionnés ? J'admettrais l'affirmative. La capacité qu'elle a de faire l'acte lui-même emporte implicitement la capacité accessoire de faire ce qui est nécessaire pour l'accomplir : qui veut la fin veut le moyen.

personne ne doit injustement s'enrichir aux dépens d'autrui. Ainsi, lorsque la femme emprunte sans autorisation une somme d'argent, elle n'est point, en principe, obligée de la rendre ; toutefois, si elle en a profité, si, au lieu de la dissiper follement, elle l'a employée à des dépenses utiles ou nécessaires, par exemple, au paiement de ses dettes ou à la réparation de quelqu'un de ses biens, elle est tenue alors *dans la limite du profit qu'elle en a retiré.*

prunte une somme d'argent sans autorisation ?

2° *Les obligations qui naissent de ses délits et quasi-délits.* — Que les obligations qu'elle contracte par *convention* soient annulables lorsqu'elle les contracte sans autorisation, rien de plus juste ! les tiers doivent s'imputer d'avoir contracté avec elle : ils supportent la peine de leur imprudence, s'ils n'ont point connu son état ; de leur complicité, dans l'hypothèse contraire. — Les tiers qui ont souffert de ses délits ou de ses quasi-délits n'ont, au contraire, aucune faute à se reprocher : on ne peut pas, on ne doit pas laisser à leur charge un dommage dont ils n'ont pas pu se garantir.

Quid, si elle commet des délits ou quasi-délits ?

Pourquoi les tiers qui ont souffert de ses délits ou quasi-délits ont-ils action contre elle ?

791. — Quant aux obligations qui naissent des *quasi-contrats,* une distinction est nécessaire.

Quid, quant aux *quasi-contrats* qui l'intéressent? quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

La femme peut être valablement obligée par un quasi-contrat, lorsque le fait qui le constitue *émane d'un tiers.* Ainsi, lorsqu'en son absence, quelqu'un gère utilement ses affaires, elle est tenue de lui rembourser toutes ses dépenses, encore que le profit qu'elle en a retiré ait été détruit plus tard par un cas fortuit (art. 1372 et 1375).

Elle n'est pas obligée, au contraire, lorsque le fait qui constitue le quasi-contrat est le sien propre. Ainsi, lorsque, sans y avoir été autorisée par son mari, elle gère l'affaire d'une personne absente, elle n'est obligée ni envers les tiers avec lesquels elle a contracté en son nom pour le besoin de la gestion, ni même envers le *maître,* c'est-à-dire envers la personne dont elle a géré l'affaire, à moins toutefois qu'il ne soit démontré que la gestion dont elle s'est chargée a été imprudemment entreprise : car cette gestion constituerait alors une faute, c'est-à-dire un quasi-délit, qui l'obligerait envers le *maître* (1).

(1) Dem., t. I, n° 300 *bis*, V ; Marc., sur l'art. 217 ; Dur., t. II, n° 497; MM. Demol., t. II, n° 181 ; Aubry et Rau, t. IV, § 441, note 1.

Je ne saisis pas bien ce système. La femme qui, sans autorisation de son mari, gère l'affaire d'autrui, n'est pas obligée envers les tiers avec lesquels elle a contracté pour le besoin de sa gestion; cela est de toute évidence. On ajoute qu'elle n'est pas obligée envers le maître ; c'est ce que je ne comprends pas. Et, d'abord, il est bien évident qu'elle est obligée de rendre les sommes ou valeurs qu'elle a reçues pour le compte du maître : autrement, elle s'enrichirait à ses dépens, ce que la loi ne permet point. Quant aux dommages qu'elle a causés en gérant mal ou en abandonnant intempestivement la gestion qu'elle a commencée, n'en doit-elle pas la réparation ? Cela me paraît évident encore : les fautes ou imprudences qu'elle a commises constituent un quasi-délit ; or ses quasi-délits l'obligent ! Pourquoi d'ailleurs rendre le maître victime d'un dommage qu'il n'a pas pu prévenir ? — La femme qui, sans autorisation de

De même, si elle reçoit une somme ou toute autre valeur qui ne lui soit pas due, elle n'est point tenue de la rendre si elle l'a dissipée de bonne foi : celui qui la lui a payée doit alors s'imputer la faute qu'il a commise.

§ VI. *Quand et comment doit se donner l'autorisation du mari.*

Art. 217.

A quel moment l'autorisation maritale peut-elle être donnée ? Peut-elle l'être *après* l'affaire finie ?

792. — I. Quand elle peut être donnée. — Elle peut l'être 1° *avant* l'affaire que la femme se propose de conclure ; — 2° *au moment même* où l'affaire se conclut.

Peut-elle l'être *après* que l'affaire est finie ?

L'affirmative est soutenue par les meilleurs esprits. L'acte qu'a fait la femme sans autorisation de son mari n'est point radicalement *nul ;* c'est tout simplement un acte vicieux, imparfait, susceptible d'être annulé sans doute, mais susceptible d'être validé par un acte postérieur qui efface et fait disparaître le vice qui le rend annulable. Le vice dont il est entaché consiste dans l'atteinte que la femme, en le faisant, a portée à l'autorité de son mari ; or, dès que le mari l'approuve, ce vice disparaît, s'efface : l'acte a désormais tous les éléments nécessaires à sa validité (1).

Quelle différence y a-t-il entre l'autorisation donnée *avant* ou *pendant* l affaire et l'autorisation donnée *après* l'affaire conclue ?

Je n'admettrai point ce système. Il repose sur une confusion entre l'*autorisation* et la *ratification*. Lorsque la femme a été autorisée à faire un acte, l'autorisation qu'elle a reçue à cet effet le rend valable *erga omnes :* personne ne peut l'attaquer, ni le mari, ni la femme. L'acte, au contraire, qu'elle a fait sans autorisation est vicieux, annulable, dans son principe. Deux actions en nullité sont alors ouvertes : l'une attribuée au mari, dont la puissance a été méprisée, l'autre attribuée à la femme, qui n'a pas été protégée. Assurément, le mari est maître de donner une autorisation après coup, *de ratifier, d'approuver* l'acte qu'il pourrait faire annuler; mais, à la différence de l'*autorisation* proprement dite, dont l'effet est général, la *ratification* qu'il donne ainsi à l'acte, c'est-à-dire la renonciation qu'il fait à son action en nullité, n'a et ne peut avoir d'effet que *quant à lui :* car on ne peut renoncer qu'aux droits qu'on a. L'action qu'a la femme est bien à elle : la loi la lui confère afin qu'elle puisse reprendre, en l'exerçant, les avantages pécuniaires qu'elle a dû, à raison du peu de solidité de son engagement, concéder aux tiers qui ont contracté avec elle.

son mari, gère l'affaire d'autrui, s'oblige donc envers le maître, dans tous les cas où un gérant capable serait lui-même obligé. S'il en est différemment de la femme qui accepte un mandat, c'est que la personne qui le lui a donné doit s'imputer d'avoir confié ses intérêts à une incapable ; mais le même reproche ne peut pas être adressé au maître, puisque c'est *à son insu* que son affaire a été gérée. Comp. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 463 ; MM. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, sur l'art. 1374, n° 9 ; Laurent, t. III, n° 101.

(1) Marc., sur l'art. 225 ; Dem., t. I, n° 300 *bis*, VIII ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, note 118 ; Duverg., *sur Toull.*, t. I, n° 648 ; Laurent, t. III, n°s 166 et suiv.

C'est donc dans son propre intérêt, et pour la protéger elle-même, que cette action a été organisée (voy. le n° 762). Elle seule, par conséquent, en peut disposer : car nul ne peut être dépouillé de son droit sans son consentement. Et ce qui prouve invinciblement que le contrat ratifié par le mari seulement reste annulable à l'égard de la femme, c'est qu'elle peut encore l'attaquer pendant dix ans après la dissolution de son mariage, quoique son mari l'ait tacitement ratifié pendant le mariage (art. 1304).

La ratification émanée du mari aurait, je le reconnais, un effet absolu, général, si l'incapacité de la femme avait été organisée dans l'intérêt exclusif du mari. Mais, du moment qu'on admet que la nécessité de l'autorisation a été exigée non seulement en faveur du mari, mais aussi dans l'intérêt personnel de la femme, il est évident que le mari n'a point qualité pour rendre valable, *contre sa femme*, un contrat qu'elle a le droit de faire annuler dans son propre intérêt.

On insiste pourtant, et l'on dit :

1° L'acte fait par une femme mariée est valable lorsque le consentement de son mari concourt avec le sien. Or, le consentement que le mari donne après coup se joint à celui de la femme, pourvu qu'il le donne alors qu'elle persévère dans le consentement qui émane d'elle ; et elle est censée y persévérer tant qu'elle ne l'a pas retiré, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas attaqué l'acte qu'elle a fait.

C'est là, à mon avis, qu'est l'erreur. La femme qui, après avoir contracté sans autorisation de son mari, reste dans l'inaction, ne peut point et ne doit point être réputée persévérer dans son consentement, *par cela seul qu'elle n'exerce point son action en nullité*. Son silence a une autre explication, qui est bien plus naturelle : elle reste dans l'inaction, parce que, pour attaquer l'acte qu'elle a fait, il lui faudrait aller trouver son mari pour se faire autoriser à cet effet, et, par suite, lui révéler la faute dont elle s'est rendue coupable envers lui en contractant à son insu et au mépris de sa puissance. Or, c'est ce que, par faiblesse ou par crainte, elle n'ose point faire. Aussi la loi la juge-t-elle si moralement impuissante à agir, qu'elle suspend à son profit, tant que dure le mariage, la prescription de l'action en nullité qu'elle lui confère (voy. l'expl. de l'art. 1304). Son inaction ne prouve donc point qu'elle persévère dans l'acte qu'elle a fait, qu'elle l'approuve, et dès lors il n'est plus possible de dire que le consentement que le mari donne après coup rencontre celui de la femme, pourvu qu'il le donne avant qu'elle ait attaqué l'acte.

2° Aux termes de l'article 183, la ratification d'un mariage par les ascendants dont le consentement n'a pas été requis alors qu'il était nécessaire produit son effet, même à l'égard de l'enfant, qui se trouve dépouillé de l'action qu'il tenait de la loi (voy. le n° 693) : pourquoi la ratification émanée d'un mari ne serait-elle pas également opposable à la femme ?

Pourquoi ?... Parce que la faveur de la *validité* des mariages a fait admettre des règles exceptionnelles, qu'il n'est point permis d'introduire par analogie dans les matières ordinaires (1).

793. — Ainsi, dans notre système, l'autorisation peut être donnée *avant* et *pendant* l'affaire ; elle ne peut pas être donnée *après*. L'autorisation donnée après coup n'est rien autre chose qu'une *ratification*, ce qui est bien différent.

L'autorisation ***antérieure*** ou ***concomitante*** à l'acte le rend valable, tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari ; personne ne peut l'attaquer.

L'autorisation ***postérieure*** ou ***la ratification*** valide l'acte à l'égard du mari et le laisse annulable dans l'intérêt de la femme.

Comment l'autorisation maritale peut-elle être donnée ?

794. — II. Comment elle peut être donnée. — Autrefois, et quant aux actes *extrajudiciaires*, l'autorisation devait être *expresse ;* l'autorisation *tacite* était nulle et de nul effet.

Il ne suffisait même pas que le mari déclarât *expressément* donner son *consentement*, son *approbation*, son *adhésion* à l'acte ; il fallait qu'il exprimât son consentement en employant les expressions sacramentelles ***autoriser, autorisation.***

Il n'en est plus de même aujourd'hui.

1° Il n'est pas nécessaire que l'autorisation soit *expresse ;* elle peut n'être que *tacite :* l'article 217 la fait, en effet, résulter du *concours du mari dans l'acte*. Ainsi, lorsque le mari et la femme sont l'un et l'autre parties dans le même contrat, lors, par exemple, qu'ils empruntent conjointement ou solidairement une somme d'argent, lorsqu'ils achètent un bien en commun, ou, encore, lorsque la mari fait à la femme ou qu'il reçoit d'elle une donation, l'acte est parfaitement valable, quoique le mari n'ait point *expressément* autorisé la femme à le faire : car, ayant concouru à l'acte, il est présumé l'avoir approuvé. — Il est bien entendu, au reste, que le *concours du mari dans l'acte* n'emporte autorisation *qu'autant que cet acte suppose nécessairement* que le mari a eu connaissance de la participation de la femme à l'acte. Ainsi, lorsqu'un billet mentionne d'abord et uniquement l'obligation du mari, et que, sous la signature apposée par lui, la femme signe à son tour un engagement solidaire, ce concours des deux époux pour la même dette n'emporte point autorisation : car rien ne prouve que le mari ait connu, et par suite approuvé, l'engagement de la femme.

Le concours du mari dans l'acte est-il le seul fait duquel on puisse induire l'autorisation maritale ?

Quid, si le mari a

795. — *Le concours du mari dans l'acte* est-il le seul fait duquel on puisse induire l'autorisation maritale? j'admettrai l'affirmative. La loi ne dit pas en effet, d'une manière générale, que l'autorisation peut être *tacite*, et qu'ainsi on peut l'induire de toute cir-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. VI, § 3, n° 2; Toull., t. I, n° 648 : Dur., t. II, n° 517; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 467; M. Demol., t. II, n° 211. — La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, notamment par son arrêt du 17 janvier 1870 (Sir., 70, 1, 217).

constance propre à faire connaître la volonté du mari; elle a pris soin, au contraire, de déterminer, de préciser le fait auquel elle attache cet effet. Ce fait, c'est *le concours du mari dans l'acte*. En ajouter d'autres, ce ne serait pas interpréter la loi, ce serait la faire! Les rédacteurs du Code ont pensé sans doute que *le concours du mari dans l'acte* est le seul fait qui, par lui-même, soit décisif. Les autres circonstances présenteraient toujours des incertitudes : on a dû les écarter pour ne pas ouvrir la porte aux procès. — Ainsi, il n'est point permis d'induire l'autorisation de cette circonstance que le mari a *connu, toléré* et même *conseillé* l'acte qu'a fait la femme (1).

connu, toléré, conseillé même l'acte fait par la femme?

796. — 2° L'autorisation a cessé d'être sacramentelle ; le mari peut employer, pour la donner, les expressions qu'il juge propres à la manifestation de son consentement (voy. la *Form.* 86).

L'autorisation est-elle valable, quels que soient les termes employés pour la donner?

797. — Peut-elle être donnée *verbalement* et *sans écrit?*

L'autorisation peut-elle être donnée *verbalement* et sans écrit?

Pourquoi non? La loi, qui valide l'autorisation *tacite* résultant du concours du mari dans l'acte, ne peut rejeter comme inutile l'autorisation résultant d'une déclaration expresse. Il est vrai que notre article 217 déclare la femme incapable de contracter « sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement *par écrit ;* » mais il n'est pas probable que la loi ait exigé l'écriture, comme une *solennité* dont l'absence rendrait l'autorisation vaine et sans effet, si certaine qu'elle fût d'ailleurs. Cette rigueur serait, en effet, en contradiction manifeste avec l'esprit général de notre Code, qui, sauf quelques exceptions fort rares, n'exige aucune forme particulière pour la manifestation du consentement. La loi n'a voulu dire qu'une chose, savoir, que la preuve de l'autorisation ne pourra point être faite *par témoins,* alors même que l'intérêt engagé dans l'affaire n'excéderait pas 150 francs (art. 1341). L'autorisation est donc valable, indépendamment de l'écriture; seulement, elle ne peut être prouvée, lorsqu'elle est *verbale,* que par l'aveu des parties ou par la délation du serment (voy., sous l'art. 2044, une décision analogue) (2).

798. — En résumé, l'autorisation peut être *expresse* ou *tacite*.

Expresse, c'est-à-dire *verbale* ou *écrite*. Lorsqu'elle est *verbale,* elle ne peut être prouvée que par l'aveu ou la délation du serment.

Tacite, c'est-à-dire induite *du concours du mari dans l'acte*.

799. — Mais, qu'elle soit *écrite* ou *verbale,* elle doit être *spéciale*. L'autorisation *générale* est, en principe, nulle et de nul effet. Ainsi, il ne suffit point que le mari autorise sa femme vaguement

Art. 223.

L'autorisation peut-elle être donnée d'une manière *générale?*

(1) MM. Demol., t. II, n° 197; Laurent, t. III, n°s 123 et 124.

(2) Dem., t. I, n° 300 *bis*, VI; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, notes 52 et 53; Demol., t. II, n° 193.—M. Valette estime que, « lorsqu'il s'agit de sommes ou valeurs n'excédant pas 150 francs, la preuve testimoniale devrait être admise pour prouver le consentement du mari » (*Cours de C. civ.*, t. I, p. 341). — A l'inverse, M. Laurent enseigne que l'autorisation expresse ne peut se prouver que par écrit (t. III, n° 118).

à emprunter..., à transiger..., à aliéner ses immeubles; il faut que l'autorisation qu'il donne soit *ad rem quæ agitur accommodata,* c'est-à-dire qu'elle s'applique à tel acte déterminé et spécifié, à tel emprunt, telle vente ou tel achat.

Pourquoi faut-il qu'elle soit *spéciale?*

L'autorisation ne serait, en effet, qu'une vaine et inutile formalité si elle n'était donnée *en connaissance de cause;* or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mari apprécie l'acte qu'il va autoriser; et, pour qu'il puisse l'apprécier et s'en rendre compte, il est indispensable qu'il soit déterminé et défini. L'autorisation générale ne serait au fond qu'une abdication de la puissance maritale!

N'existe-t-il point des actes qui comportent une autorisation générale?

800. — Toutefois, l'autorisation générale est valable lorsqu'elle n'est relative qu'aux *actes d'administration.* — On conçoit cette exception. L'administration d'un patrimoine se compose d'actes qui se répètent chaque jour : elle serait, par conséquent, impossible s'il fallait pour chacun d'eux que la femme obtînt le concours de son mari ou son consentement par écrit.

A quel moment cette autorisation générale peut-elle être donnée? Peut-elle l'être pendant le mariage?

Cette autorisation générale peut être donnée par le contrat de mariage : elle se confond alors avec la séparation de biens totale ou partielle. Mais *pendant le mariage* on ne la conçoit plus. Et, en effet, de deux choses l'une :

La femme s'est-elle, par son contrat de mariage, réservé le droit d'administrer sa fortune : son mari alors n'a aucune autorisation à lui donner : car, aux termes de l'article 1536, elle est pleinement capable de faire seule tous les actes d'administration que nécessite la gestion de ses biens.

Le contrat de mariage confère-t-il, au contraire, au mari le droit d'administrer les biens personnels de la femme : il n'a encore aucune autorisation à lui donner; car il ne peut pas, en l'autorisant, habiliter la femme à *exercer* en son propre nom un droit qu'elle n'a pas.

N'équivaudrait-elle pas alors à un *mandat?* Quelle différence y a-t-il entre le *mandat* et *l'autorisation* que le mari donne à sa femme?

Il peut, sans doute, lui donner *mandat* d'exercer le droit dont il est investi, la charger de faire pour lui et en son nom à lui les actes qu'il a droit de faire; mais le *mandat* et l'*autorisation* sont deux choses qu'il ne faut pas confondre. Lorsque la femme fait un acte avec l'*autorisation* de son mari, elle agit pour son compte personnel : c'est son propre droit qu'elle exerce. Elle s'oblige alors sans obliger son mari, si ce n'est dans un seul cas, celui où ils sont mariés sous le régime de la communauté (voy. le n° 810, 2°). Lors, au contraire, qu'elle fait un acte en vertu d'un *mandat* que lui a donné son mari, elle l'oblige sans s'obliger elle-même : car il est de principe dans notre droit que celui qui contracte comme mandataire oblige son mandant sans s'obliger lui-même (art. 1998) (1).

Art. 220.

L'autorisation dont la femme a besoin

801. — L'autorisation dont la femme a besoin pour faire le *commerce* n'est point régie par les règles du droit commun.

(1) M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 347.

1° Elle doit nécessairement émaner du mari; l'autorisation de justice ne peut point la suppléer (voy. le n° 783, 2°).

pour faire le commerce est-elle régie par les règles du droit commun? Peut-elle être donnée par la justice? Peut-elle être induite de toute circonstance propre à la démontrer?

2° Selon le droit commun, l'autorisation qui n'est pas expresse ne peut s'induire que d'un seul fait, *le concours du mari dans l'acte :* ainsi la circonstance que le mari a connu, approuvé ou même conseillé l'acte qu'a fait sa femme, n'emporte point autorisation (voy. le n° 795). Il n'en est pas de même ici. L'autorisation peut être non seulement expresse, mais encore *tacite* dans le sens le plus général : on peut l'induire de *toute circonstance* propre à la démontrer. Ainsi, lorsque la femme fait un commerce sous les yeux de son mari qui ne s'y oppose pas, son silence est une approbation tacite qui vaut autorisation. L'article 4 du Code de commerce n'exige, en effet, qu'une chose, le consentement du mari; dès qu'il existe, cela suffit. Notre ancien droit, d'ailleurs si rigoureux à l'endroit de l'autorisation qu'il ne l'induisait même pas du concours du mari dans l'acte, se contentait cependant, quant au commerce fait par la femme, d'une autorisation tacite, c'est-à-dire de la simple tolérance du mari. Or, rien ne nous permet de penser que les rédacteurs du Code aient innové sur ce point.

La femme qui fait des actes de commerce au vu et au su de son mari est-elle nécessairement commerçante?

802. — Mais remarquez qu'il ne suffit pas, pour que la femme soit dite marchande publique, et, par suite, commerçante, qu'elle fasse des actes de commerce au vu et au su de son mari; elle n'acquiert cette qualité qu'autant qu'elle fait le commerce, soit pour son propre compte, soit pour elle et pour son mari. Que si elle agit *uniquement* pour le compte de son mari, elle n'a d'autre titre alors que celui de commis ou de fille de boutique; elle n'est point *commerçante.* Telle est l'idée que la loi exprime, en ces termes, dans notre article 220 : « La femme n'est point marchande publique *lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari,* mais seulement quand elle fait un commerce séparé. » Nous verrons bientôt l'importance de cette distinction.

L'autorisation de faire le commerce doit-elle spécifier les actes de commerce que la femme pourra faire?

803. — 3° Selon le droit commun, l'autorisation doit être *spéciale,* elle ne peut être valablement donnée qu'en vue d'un acte déterminé et défini : l'autorisation *générale* n'est permise que pour *les actes d'administration* (voy. le n° 799). L'autorisation de faire le commerce est assurément une autorisation *générale,* puisqu'elle habilite la femme à faire, non pas seulement tel ou tel acte de commerce, tel emprunt, telle aliénation, mais une suite d'affaires dont il est dès à présent impossible de se rendre compte. La loi la tolère cependant. La célérité avec laquelle se traitent les affaires commerciales a dû faire admettre cette exception au droit commun (voy. la *Form.* 87) (1).

Comment le mar autorise-t-il sa femme lorsqu'elle veut ester en justice?

804. — Nous nous sommes jusqu'ici occupés des formes de l'autorisation maritale *quant aux actes extrajudiciaires.* Mais comment

(1) Une femme peut-elle être commerçante en vertu d'une clause de son contrat de mariage, de telle sorte que le mari ne pourrait pas retirer le consentement une fois donné de cette manière ? La négative nous paraît certaine. Voy. M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 347.

les choses se passent-elles lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à *ester en justice?* On distingue :

Si la femme est *demanderesse,* le mari peut l'autoriser expressément, c'est-à-dire par écrit, ou tacitement, en intervenant au procès (voy. la *Form.* 88).

Si la femme est *défenderesse,* le tiers qui la poursuit assigne en même temps son mari, à l'effet de l'autoriser (voy. la *Form.* 89). Le mari, ainsi mis en demeure, accorde son autorisation, soit expressément, par une déclaration écrite, soit tacitement, en intervenant au procès. S'il la refuse, on s'adresse alors à la justice, qui l'accorde toujours : car, en général, il lui est impossible de savoir, au seuil du procès, si la femme a ou non raison de l'entreprendre. Toutefois, si à la seule inspection de l'affaire il était évident que la résistance de la femme n'est que le résultat d'un entêtement ridicule, le tribunal pourrait et devrait même refuser de l'autoriser; auquel cas elle serait réputée défaillante, et, par suite, condamnée par défaut (1).

§ VII. *Des formes de l'autorisation judiciaire.*

Art. 218, 219, 221, 222, 224.

Quelles sont les formes de l'autorisation judiciaire ?

La théorie du Code civil n'a-t-elle pas été, à cet égard, modifiée par le Code de procédure?

En quoi consiste la modification ?

805. — Voici quelle était sur ce point la théorie du Code civil. Lorsque la femme *qui voulait faire* UN ACTE EXTRAJUDICIAIRE avait vainement sollicité l'autorisation de son mari, elle le citait *directement et sans sommation préalable* devant le tribunal de première instance du domicile commun; le tribunal donnait ou refusait son autorisation, après avoir, en la Chambre du conseil, c'est-à-dire hors la présence du public, entendu le mari, ou l'avoir dûment appelé à s'expliquer.

Le Code n'indiquait point la marche à suivre pour obtenir l'autorisation judiciaire, dans le cas où le mari refusait d'autoriser sa femme A ESTER EN JUSTICE. Cette lacune a été comblée par le Code de procédure.

Lorsque la femme est *demanderesse* et que son mari, qui est présent et capable, refuse de l'autoriser, elle n'a point le droit de l'assigner *directement* devant le tribunal; elle doit *préalablement* lui faire sommation d'avoir à donner ou refuser son autorisation. S'il persiste dans son refus, elle adresse alors au président une requête, avec les motifs à l'appui de sa demande en autorisation. Sur cette requête, le président rend une ordonnance par laquelle il permet à la femme de citer son mari, à jour indiqué, en la Chambre du conseil, pour avoir à déduire les motifs de son refus.

Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, le tribunal,

(1) Lorsque c'est le mari qui assigne la femme, il l'autorise implicitement à plaider contre lui ; et, si la femme, ayant succombé en 1re instance, interjette appel, il suffit que le mari prenne des conclusions sur le fond pour que la femme soit considérée comme autorisée. Arrêt de la Cour de cassation, du 18 mars 1878 (Sir, 78, 1, 193).

sur les conclusions du ministère public, accorde ou refuse l'autorisation (art. 861 et 862, C. pr.).

806. — Quoique cette procédure ait été spécialement organisée pour le cas où la femme veut « *poursuivre ses droits,* » c'est-à-dire *ester en justice comme demanderesse,* l'usage s'est établi, dans la pratique, de l'étendre au cas où la femme qui *veut faire un acte extrajudiciaire* a vainement sollicité l'autorisation de son mari. L'article 219 du Code civil, qui, dans ce cas, lui permettait de citer son mari *directement* devant le tribunal et *sans sommation préalable,* se trouve de fait abrogé (1).

807. — Telle est la marche à suivre lorsque le mari présent et capable refuse son autorisation (voy. les *Form.* 90 et 92).

Comment procède-t-on lorsque le mari est absent, interdit, ou frappé d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante?

S'il est *absent, interdit* ou *frappé* d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante, on ne l'appelle point en la Chambre du conseil, on ne lui fait point de sommation ; la femme présente simplement une requête, à laquelle elle joint l'acte ou le jugement qui prouve l'absence, l'interdiction ou la condamnation de son mari. Le président en ordonne la communication au ministère public, et commet un juge, sur le rapport duquel le tribunal statue (art. 221 et 222, C. civ., et 864 C. pr.) (voy. la *Form.* 93).

Quid, dans le cas où il est mineur?

Si le mari est *mineur,* on suit la même marche. Notez seulement que le tribunal peut, s'il le juge à propos, l'appeler en la Chambre du conseil pour l'entendre.

Quid, dans le cas où la femme veut ester en justice comme défenderesse?

808. — Reste un point. Comment doit-on procéder dans le cas où la femme veut ester en justice comme *défenderesse?* Le Code civil et le Code de procédure n'ont point prévu cette hypothèse. Dans la pratique, on suit la marche que j'ai indiquée sous le n° 804 (2).

§ VIII. *Des effets de l'autorisation du mari ou de justice.*

I. Des effets de l'autorisation du mari. — Étudions-les : 1° à l'égard de la femme; 2° à l'égard du mari lui-même.

Quels sont les effets de l'autorisation maritale, à l'égard de la femme?

L'effet de l'autorisation n'est-il pas borné aux actes pour lesquels elle a été donnée?

809. — 1° *A l'égard de la femme.* — L'autorisation maritale a pour effet de relever la femme qui l'obtient de l'incapacité dont elle est frappée *en sa qualité de femme mariée,* et, par suite, de la rendre aussi capable de l'acte pour lequel elle a été autorisée qu'elle le serait si elle était *fille* ou *veuve.* — L'effet de l'autorisation est borné aux actes pour lesquels elle a été donnée. Ainsi, la femme autorisée à faire le commerce peut bien, sans autorisation nouvelle, faire tous les actes *qui concernent son négoce;* mais, quant aux actes qui n'ont point ce caractère, elle reste incapable. On peut dire qu'il y a en elle deux personnes distinctes, une personne capable et une personne incapable : capable quant aux actes de commerce, incapable pour tous les autres. Pour elle, l'incapacité

Art. 220.

Quid, si la femme marchande publique fait des actes autres que les actes relatifs à son négoce?

(1) MM. Demol., t. II, n° 250 ; Laurent, t. III, n° 140.

(2) Voy. M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I p. 352 et 353 ; M. Demol., t. II, n°s 265 et suiv.

est encore la règle : ce n'est, en effet, que par exception, c'est-à-dire relativement à *certains actes*, qu'elle est capable. La question de savoir si les actes qu'elle a faits sans une autorisation spéciale sont ou ne sont pas valables, dépend donc de celle-ci : les actes *concernent-ils son négoce* ou *y sont-ils étrangers?* Valables au premier cas, ils sont nuls au second (1).

L'autorisation qui émane du mari a-t-elle effet contre lui? La règle à cet égard ne souffre-t-elle point des exceptions?

810. — 2° *A l'égard du mari.* — La personne placée à côté d'un incapable pour le protéger ne s'oblige point lorsqu'elle l'autorise à faire un acte : *qui auctor est, non se obligat.* Ainsi, ceux qui ont contracté avec un mineur émancipé n'ont point d'action contre le *curateur* qui l'a assisté. Cette règle est applicable au mari : l'au-

(1) Cette distinction a fait naître une difficulté. Les actes passés par une femme mariée, marchande publique, sont-ils, lorsque leur nature n'indique point par elle-même dans quel but ils ont été faits, réputés relatifs ou réputés étrangers à son commerce? en d'autres termes, est-ce à elle à établir, lorsqu'elle en demande la nullité, qu'elle les a faits dans un but étranger à son commerce, ou bien est-ce à son adversaire à prouver qu'ils s'y rapportent?

Il faut, je crois, décider que tous les actes passés par une femme mariée, marchande publique, sont, jusqu'à preuve contraire, réputés étrangers à son commerce, toutes les fois que leur propre nature ne révèle point nécessairement leur caractère commercial.

La femme mariée, quoique marchande publique, est, en principe, incapable : son *incapacité* est *le droit commun* quant à elle. Ce n'est, en effet, que *relativement à certains actes,* aux actes concernant son commerce, qu'elle est capable : sa *capacité* constitue donc pour elle une *exception.*

Lorsqu'on se trouve en présence du *droit commun* et d'une *exception,* ce n'est pas la règle qui a besoin d'être prouvée, c'est l'exception.

Or, la femme marchande publique qui demande la nullité d'un acte, en se fondant sur son incapacité, se place dans le droit commun. Elle n'a pas besoin de prouver la règle qu'elle invoque : sa preuve est toute faite; elle est écrite dans la loi même, dans l'art. 217.

Son adversaire, en soutenant qu'elle a été *capable* de faire l'acte dont elle demande la nullité, invoque une exception : dès lors, c'est à lui à en faire la preuve.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 638 du Code de commerce, les billets souscrits par les commerçants sont *présumés faits pour leur commerce.* Mais cette présomption n'est pas applicable aux femmes marchandes publiques, et voici pourquoi :

Les présomptions légales sont de *droit étroit :* on ne peut ni par analogie, ni même par *a fortiori,* les étendre d'un cas à un autre (art. 1350).

La présomption de l'art. 638 du Code de commerce a été établie pour résoudre une pure *question de compétence*, ainsi que le prouve la rubrique du Titre où il est placé. On suppose un billet souscrit par un commerçant *pleinement capable.* La question de *validité de l'obligation* n'est pas en cause : que l'obligation soit *civile* ou qu'elle soit *commerciale*, elle est valable. Mais, lorsqu'elle donne lieu à un procès, il importe de savoir si elle est *civile* ou *commerciale,* afin de déterminer le tribunal qui est compétent pour en connaître. C'est uniquement pour résoudre cette question qu'a été faite la présomption de commercialité dont nous parlons.

Or, dans notre espèce, la question à juger n'est plus une pure *question de compétence;* c'est une question de *validité d'obligation :* donc la présomption de commercialité, écrite *dans l'art.* 638 *du Code de commerce, ne lui est pas applicable (*M. Bravard, sur l'art. 5, C. comm.). — *Contra*, MM. Demol., t. II, n° 301; Val., *Explic. somm.*, p. 331, et *Cours de C. civil*, t. I, p. 342 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 73; Demangeat, sur Bravard, t. I, p. 100).

torisation qu'il donne à sa femme n'a point d'effet contre lui, elle ne l'oblige point. Tel est le principe. Mais, quant au mari, des exceptions existent.

Ainsi, 1° lorsque le régime sous lequel il est marié lui attribue la *jouissance* des biens dont sa femme conserve la *propriété* (art. 1530 et 1549), l'autorisation qu'il donne pour les aliéner a un effet contre lui, en ce sens qu'elle le prive de la *jouissance* qu'il avait sur le bien aliéné (arg. tiré de l'art. 1555). Il peut, il est vrai, restreindre son autorisation au droit de propriété de sa femme ; mais, s'il la donne sans réserve expresse de son propre droit, il habilite par là même sa femme à faire une aliénation complète, c'est-à-dire de la *pleine propriété*.

2° Lorsqu'il est marié sous le régime de la communauté, le consentement qu'il donne aux actes de sa femme l'oblige directement lui-même et sur ses propres biens. Ainsi, lorsqu'elle emprunte une somme d'argent et qu'il l'autorise à cet effet, le paiement de l'obligation qu'elle contracte peut être poursuivi, non seulement sur ses biens personnels, mais encore sur ceux de la communauté et même sur les biens propres du mari (art. 1409-2° et 1419).

Nous trouvons dans l'article 220 une application de cette règle. Le mari qui autorise sa femme à faire le commerce l'autorise par là même à faire tous les actes relatifs à son négoce : donc, lorsqu'elle contracte une obligation comme marchande publique, c'est en réalité comme *autorisée de son mari* qu'elle la contracte. Aussi la loi déclare-t-elle que, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari est alors tenu de cette obligation comme la femme elle-même. Et rien n'est plus juste ! Les bénéfices que la femme retire de son commerce tombent dans l'actif de la communauté ; or, si les chances de gain sont *communes*, l'équité demande évidemment que les chances de perte ne restent pas exclusivement à la charge de la femme : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*.

Art. 220.

Pourquoi le mari est-il tenu des obligations contractées par sa femme lorsqu'elle est marchande publique ?

811. — Fallait-il aller jusqu'à dire que le mari, dans le cas où sa femme a contracté des engagements emportant *contrainte par corps*, sera lui-même contraignable par cette voie ? L'affirmative était suivie dans notre ancien droit. De nos jours, la négative est généralement admise. Si la femme qui contracte comme marchande publique s'oblige *par corps*, c'est que, quant à elle, la dette a une cause *commerciale*. Mais son mari n'est point *commerçant ;* ce n'est point en cette qualité qu'il est tenu. S'il est obligé, c'est uniquement par l'effet de cette règle d'équité : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*. La cause de son obligation est donc *purement civile*. Dès lors, point de contrainte par corps : car, en matière civile, cette voie rigoureuse d'exécution n'est permise que dans certains cas déterminés, et notre hypothèse n'y est point comprise (1).

(1) La contrainte par corps est aujourd'hui supprimée en matière commerciale comme en matière civile (Loi du 22 juillet 1867).

Quid, des obligations que la femme contracte en détaillant les marchandises du commerce de son mari ?

812. — La femme commune oblige la communauté et son mari, en même temps qu'elle s'oblige elle-même, lorsqu'elle contracte *comme marchande publique,* c'est-à-dire pour les besoins et à l'occasion du commerce qu'elle fait en son nom et pour son propre compte. Il en est différemment « lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. » Ce n'est plus elle alors qui est commerçante, c'est son mari, dont elle n'est, à vrai dire, que la fille de boutique, ou, pour parler plus poliment, le mandataire. Les contrats qu'elle fait en cette qualité sont réputés faits par lui-même, par lui seul, et exclusivement pour son compte. En contractant de cette manière, elle n'oblige que lui, elle ne s'oblige point elle-même (voy. le n° 802).

L'autorisation de justice a-t-elle des effets aussi étendus que ceux qui résultent de l'autorisation du mari?

813. — II. Des effets de l'autorisation de justice. — *En ce qui touche la femme,* l'autorisation *judiciaire* supplée l'autorisation *maritale;* elle en produit tous les effets, avec la même étendue.

Il en est différemment *quant au mari.* L'autorisation qu'il donne produit dans certains cas des effets contre lui; l'autorisation de justice, au contraire, ne lui est point opposable et ne peut jamais lui préjudicier.

Ainsi : 1° la femme *commune,* qui oblige son mari et la communauté en même temps qu'elle s'oblige elle-même, lorsqu'elle contracte *avec l'autorisation maritale* (art. 1409-2° et 1419), n'oblige *qu'elle seule,* lorsqu'elle contracte *avec l'autorisation de justice* (art. 1426). — Voy. toutefois deux exceptions dans l'article 1427.

2° Lorsque la femme aliène, *avec l'autorisation maritale,* un bien dont elle a, par son contrat de mariage, attribué la jouissance à son mari, l'aliénation qu'elle fait est valable *quant à la pleine propriété ;* que si, au contraire, elle l'aliène *avec la seule autorisation de justice,* l'aliénation, valable quant à la nue-propriété, est nulle et de nul effet quant au droit de jouissance qui appartient à son mari (voy. le n° 810).

814. — En résumé, l'autorisation de justice rend bien la femme capable de s'obliger valablement, elle et sa propre fortune; mais sans jamais préjudicier aux droits que le mari peut, en vertu du contrat de mariage, avoir sur ses biens.

§ IX. *Des effets du défaut d'autorisation.*

Art. 225.

Quel est l'effet du défaut d'autorisation?

815. — Selon notre ancien droit, l'acte émané d'une femme mariée, non autorisée, était radicalement *nul.* De là cette double conséquence :

I. Il n'était susceptible d'aucune ratification ou confirmation. — Nul *ab initio*, il restait nul à perpétuité : on ne ratifie pas le néant.

II. Toute personne intéressée avait qualité pour en demander la nullité : car ce qui est *nul* n'existe pour personne! la nullité

pouvait donc être demandée par le mari, par la femme, et par les tiers qui avaient contracté avec elle.

En d'autres termes, la nullité résultant du défaut d'autorisation était PERPÉTUELLE et ABSOLUE (1).

816. — Il n'en est plus de même aujourd'hui : l'acte fait sans autorisation par une femme mariée, au lieu d'être *nul* comme autrefois, n'est plus qu'*annulable*. De là cette double conséquence :

817. — I. VICIEUX *ab initio*, IL PEUT DEVENIR VALABLE PAR UNE CONFIRMATION OU RATIFICATION POSTÉRIEURE. — Et, comme la ratification peut être *tacite*, c'est-à-dire résulter du silence prolongé qu'ont gardé les époux, l'action en nullité qui leur compète ne peut être exercée utilement que pendant un certain temps, pendant dix ans, lesquels courent, pour le mari, du jour où il a eu connaissance de l'acte; pour la femme, du jour de la dissolution du mariage (art. 1304).

Par qui l'acte fait par la femme sans autorisation peut-il être ratifié ?

817 *bis*. — L'acte peut être ratifié :

1° Pendant le mariage, par la femme avec l'autorisation de son mari (voy. la *Form.* 95) : la ratification faisant alors tomber la double action en nullité qui compète à la femme et au mari, l'acte devient valable *erga omnes*.

2° Par la femme avec l'autorisation de justice. Cette ratification n'est point opposable au mari, qui conserve son action en nullité; c'est seulement l'action de la femme qui est éteinte.

3° Par le mari seulement (voy. la *Form.* 94). Cette ratification n'est point, au moins suivant nous, opposable à la femme. La femme conserve son action en nullité; celle du mari seule est éteinte (voy. les nos 792 et 793. — Voy. aussi l'explication de l'art. 1304).

4° Après la dissolution du mariage, par la femme devenue libre, auquel cas l'acte devient absolument valable : car, ainsi que nous allons le voir, l'action en nullité qui appartient au mari ne passe pas à ses héritiers.

Par quelles personnes la nullité résultant du défaut d'autorisation peut-elle être invoquée?

Quid, si la femme s'est présentée comme fille ou comme veuve aux tiers qui ont contracté avec elle ?

II. LA NULLITÉ RÉSULTANT DU DÉFAUT D'AUTORISATION N'EST PLUS QUE RELATIVE. — Elle peut être demandée :

818. — 1° *Par la femme*, parce qu'elle n'a pas été protégée. La femme peut la demander, alors même qu'elle s'est présentée dans l'affaire en qualité de veuve ou de fille majeure. Les tiers qui ont contracté avec elle ont eu tort de la croire sur parole. Ils devaient se renseigner, et s'abstenir s'ils avaient des doutes; autrement, la puissance maritale deviendrait illusoire dans une foule de cas! Toutefois, si la femme a eu recours à des machinations frauduleuses pour tromper les tiers qui ont contracté avec elle, si, par exemple, elle leur a présenté un faux acte de décès de son mari, cette fraude constitue un délit qui la rend non restituable

(1) Pothier, *Introd. au Titre X de la Cout. d'Orléans*, n° 144; *Traité de la puissance du mari*, n° 5.

contre l'engagement qu'elle a pris (voy., par analogie, l'art. 1307).

Quid, si elle passait, aux yeux de tous, pour fille ou pour veuve?

Mais que décider si la femme qui a contracté sans autorisation passait, *aux yeux de tous,* pour une fille ou pour une veuve? Quelques personnes, argumentant de la maxime *error communis facit jus,* soutiennent que la bonne foi des tiers qui ont contracté avec elle doit, dans ce cas, suppléer l'autorisation, et qu'ainsi l'acte qu'elle a fait est valable (1).

Je n'admettrais cette exception qu'avec un tempérament. Si l'erreur dans laquelle le public est tombé provient des machinations frauduleuses de la femme; si, par exemple, elle a, dans le but de tromper les tiers, négligé de faire faire les publications qui auraient dû précéder son mariage, ou si, après qu'il a été publiquement célébré, elle est parvenue à le tenir secret, les tiers qui, dans l'ignorance de son incapacité, ont traité avec elle, ne doivent pas être victimes de sa fraude. Mais, si l'erreur dont ils se plaignent ne provient pas de son dol, pourquoi l'en rendre victime elle-même? Sur quel texte alors s'appuierait-on pour la dépouiller du privilège qu'elle tient de la loi?

La nullité peut-elle être invoquée par le mari après la dissolution du mariage?

819. — 2° *Par le mari,* dont l'autorité a été méconnue et méprisée (voy. la *Form.* 96). Mais il ne peut exercer son droit de nullité que *pendant le mariage,* c'est-à-dire tant que dure sa puissance. Et, en effet, sans intérêt point d'action; or, dans quel but demanderait-il, *après la dissolution du mariage,* la nullité des actes que sa femme a faits sans son autorisation? Pour faire respecter sa puissance? mais sa puissance n'existe plus! Dans un intérêt pécuniaire, pour défendre ses droits compromis? mais les actes que la femme a faits sans autorisation ne peuvent, en aucun cas, porter atteinte à ses droits, toucher à ses intérêts pécuniaires! Nous avons vu, en effet, sous le n° 813, que les actes qu'une femme a faits avec la seule autorisation *de justice* laissent *intacts les droits de son mari :* dès lors, quel avantage peut-il trouver à faire annuler des actes qui ne lui sont point opposables, qui, quant à lui, et dans la limite de son intérêt, sont considérés comme inexistants? Or, s'il en est ainsi des actes qu'elle a faits avec l'autorisation de la justice, à bien plus forte raison doit-il en être de même de ceux qu'elle a passés sans aucune autorisation (2).

Ainsi, *après la dissolution du mariage,* le mari n'a plus aucun intérêt à sauvegarder : partant, plus d'action en nullité.

Peut-elle l'être par les héritiers du mari?

820. — Après avoir dit que notre action en nullité peut être exercée, 1° par la femme, 2° par le mari, la loi ajoute : 3° *par* LEURS *héritiers*. Point de difficulté quant aux héritiers de *la femme :* c'est pour la protéger dans ses *droits pécuniaires* qu'elle est investie d'une action en nullité; or, les droits de cette nature et l'action qui les garantit sont essentiellement héréditaires.

Mais, quant aux héritiers *du mari,* il est impossible de com-

(1) Toull., t. I, n° 623; Dur., t. II, n° 495; M. Demol., t. II, n° 332.
(2) *Contra,* Marc., sur l'art. 225, n° 3; M. Laurent, t. III, n° 158.

prendre dans quel intérêt et à quel titre ils succèderaient à l'action en nullité qui compétait à leur auteur. Quant à eux, cette action n'a plus d'objet. Dans quel but, en effet, l'exerceraient-ils? Dans l'intérêt de la puissance maritale? elle n'existe plus! Dans un intérêt pécuniaire? ils n'en ont aucun! car, ainsi que je l'ai démontré, les actes qu'une femme a faits sans autorisation ne portent aucune atteinte aux droits pécuniaires de son mari.

On s'accorde donc à reconnaître que c'est par erreur que la loi attribue l'action en nullité au mari, à la femme et à *leurs* héritiers. Il fallait dire : et à *ses* héritiers (1).

821. — Ainsi, la nullité résultant du défaut d'autorisation peut être demandée :

1° Par le mari, mais seulement tant que dure le mariage; 2° par la femme; 3° par ses héritiers, ou plus généralement par ses ayants cause.

Les tiers n'ont plus, comme autrefois, le droit de demander la nullité du contrat qu'ils ont fait avec la femme. C'est d'elle que dépend le sort du contrat : elle peut, suivant son intérêt ou son caprice (pourvu qu'elle soit dûment autorisée ou veuve), le tenir pour bon ou le mettre à néant.

Si elle le fait annuler, elle reprend ce qu'elle a livré. Mais doit-elle rendre ce qu'elle a reçu en retour? Oui, si elle en a profité, car il ne faut pas qu'elle s'enrichisse aux dépens d'autrui; non, dans le cas contraire (art. 1312) (2).

La femme qui fait annuler le contrat qu'elle a passé sans autorisation, est-elle obligée de rendre ce qu'elle a reçu en retour de ce qu'elle a donné?

CHAPITRE VII. — De la dissolution du mariage.

18e *Répétition.*

Art. 227.

Quelles sont les causes de dissolution du mariage?

L'absence de l'un des époux dissout-elle le mariage?

822. — Le Code énumère trois causes de dissolution du mariage :

1° *La mort naturelle de l'un des conjoints;*

(1) Voy. cependant M. Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 354. L'éminent professeur cite le cas où la femme, qui s'est obligée envers Paul sans autorisation, a ensuite renoncé à la communauté : si Paul veut faire tomber cette renonciation par application de l'art. 1464, les héritiers du mari pourront opposer que l'obligation contractée envers lui est nulle et qu'ainsi il n'a pas qualité pour invoquer l'art. 1464. — Comp. M. Demol., t. II, n° 341. Voy. aussi M. Laurent, t. III, n° 164.

(2) Les tiers qui, dans l'ignorance de son incapacité, ont contracté avec elle peuvent-ils, à raison du danger auquel les exposerait l'exécution du contrat, refuser de l'accorder, lorsque la femme l'exige sans autorisation de son mari ou de justice? Je le pense. « Nous ne demandons point, peuvent-ils dire, la nullité du contrat que nous avons imprudemment fait avec vous; nous sommes liés. Nous subirons le parti que vous voudrez. Voulez-vous la nullité du contrat? c'est votre droit! Voulez-vous le maintenir et le faire exécuter? c'est votre droit encore! mais exercez-le loyalement, honnêtement. Voulez-vous l'exécution du contrat? faites-vous autoriser, à cet affet, par votre mari; autrement, cette exécution serait pleine de dangers pour nous : car, si vous dissipiez sans profit, nous perdrions sans retour les choses que nous serions obligés de vous livrer. » Cette prétention est juste; aucun texte n'y fait obstacle : pourquoi ne pas l'admettre? (M. Val.). — Joignez M. Demol., t. II, nos 344 et suiv.

2° *La condamnation* DEVENUE DÉFINITIVE *de l'un des époux à une peine emportant mort civile.* — Cette cause de dissolution du mariage n'existe plus; elle a été abrogée par la loi du 31 mai 1854 (voy. les nos 213 et s.);

3° *Le divorce.* — La faculté de divorcer a été supprimée par la loi du 8 mai 1816 (1).

Il n'existe donc plus qu'une seule cause de dissolution du mariage, la mort. L'absence, si prolongée qu'elle soit, ne le dissout point (voy. le n° 496).

CHAPITRE VIII. — DES SECONDS MARIAGES.

Art. 228.

Le mari devenu veuf peut-il se remarier quand bon lui semble? En est-il de même de la veuve?

823. — Le mari, devenu veuf, peut se marier quand bon lui semble : son droit n'est limité par aucun délai.

Il n'en est pas de même de la veuve. Elle ne peut convoler à une nouvelle union qu'après qu'il s'est écoulé, à compter de la dissolution du précédent mariage, *dix* mois pleins, c'est-à-dire *trois cents jours* : car le Code a été rédigé au temps du calendrier républicain, sous lequel chaque mois était composé de trente jours (voy. le n° 40).

Pourquoi la loi lui défend-elle de se remarier dans les dix mois de son veuvage?

Cette défense faite à la veuve de se remarier dans les dix premiers mois de son veuvage repose sur deux motifs :

1° On a voulu, par cette prohibition, prévenir un doute fâcheux, la *confusion de part*. Selon la loi, la grossesse la plus courte est de six mois, la plus longue de dix (voy. les art. 312 et 315); or, si la veuve avait pu se remarier immédiatement après la dissolution de son premier mariage, il eût été fort difficile d'attribuer au second plutôt qu'au premier mari la paternité de l'enfant né après les six mois du second mariage de sa mère, mais avant les dix mois de son veuvage : la présomption de la loi se fût, en effet, également prêtée à l'une ou à l'autre paternité;

2° Toutefois cette considération ne suffit point, à elle seule, pour justifier la loi : car la défense de se remarier avant l'expiration des dix premiers mois de veuvage subsiste *même après que la confusion de part n'est plus à craindre.* Ainsi, qu'on suppose que la veuve accouche dans le mois de la dissolution de son mariage : si elle se remariait immédiatement après et qu'elle eût encore un enfant, la paternité de cet enfant, quoique né dans les dix mois de la mort du premier mari, ne présenterait assurément aucune incertitude. — Il n'y aurait non plus aucune incertitude possible, si le second mariage n'avait été célébré qu'après quatre mois écoulés depuis la dissolution du premier. — Cependant, l'incapacité de la veuve subsiste même après son accouchement, même après l'expiration des quatre premiers mois de son veuvage!

(1) Voy., ci-dessous, n° 826.

Il faut donc, pour la parfaite justification de cette incapacité, trouver un second motif à ajouter au premier. Ce second motif est tiré de nos mœurs. L'honnêteté et la décence publiques exigent de la veuve une certaine retenue : elle blesserait toutes les convenances et ferait scandale si elle se hâtait trop de s'engager en de nouveaux liens (1).

Si l'on permet au mari, resté veuf, de se remarier dans un bref délai, c'est que, quant à lui, le second mariage est, dans bien des cas, une nécessité dont il subit la loi. Ce n'est pas lui, en effet, qui peut utilement s'occuper de ses enfants en bas âge : d'autres préoccupations prennent tout son temps; souvent même il est incapable des soins qu'exige l'enfance. Or, sa seconde femme le suppléera bien mieux que la femme étrangère et salariée qu'il serait obligé d'appeler dans sa maison.

Si la veuve s'est remariée dans les dix mois de son veuvage, son second mariage est-il nul ?

Quel est alors le père de l'enfant né six mois après son second mariage, mais avant l'expiration des dix mois de son veuvage ?

824. — La défense faite à la veuve de se remarier dans les dix mois de son veuvage ne constitue qu'un empêchement *prohibitif* à son second mariage, qui, par conséquent, sera valable, si, en fait, il a lieu avant l'expiration des dix mois (voy. le n° 562).

De là la question suivante : si la veuve qui s'est remariée avant l'expiration du délai fixé par notre article a un enfant six mois après son second mariage, mais avant l'expiration des dix mois de son veuvage, lequel, de son premier ou de son second mari, doit être présumé le père?

La loi ne nous fournit point, dans l'espèce, les éléments d'une solution quelconque : car les présomptions qu'elle établit dans les articles 312 et 315 attribuent également la paternité au premier et au second mari. La question doit donc être résolue *d'après les circonstances,* et avec le secours des gens de l'art : c'est une question *de fait* et de médecine légale plutôt qu'une question *de droit* (2).

(1) « Chez les Romains, dit Pothier, une veuve pouvait bien passer à un se-« cond mariage après la mort de son mari; mais elle devait attendre pour cela « qu'il se fût écoulé un an depuis la mort de son mari, et si elle se remariait « plus tôt, elle encourait de plein droit la peine de l'infamie... Nous n'avons « point suivi en France sur ce point le droit civil, et nous avons préféré la « disposition du droit canonique qui permet aux veuves de se remarier aussi-« tôt qu'elles le jugeront à propos » (*Traité du Contrat de mariage,* n° 530).

(2) Proud. et Val., t. II, p. 49 et suiv.; Dur., t. III, n° 63 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 545, p. 51. — Suivant M. Demol. (*De la paternité et de la filiation,* n°s 93 et 94), « régulièrement l'enfant doit être présumé appartenir au second mari »; et suivant M. Laurent (t. III, n° 388), le choix doit être laissé à l'enfant.

TITRE SIXIÈME.

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ I. *Généralités.*

Qu'est-ce que le *divorce?*

825. — I. Définitions. — Le *divorce* est la *dissolution du mariage,* prononcée en justice sur la demande des époux, ou de l'un d'eux contre l'autre.

La *séparation de corps?*

La *séparation de corps* est la *remise* que la justice fait aux époux *de l'obligation de vivre en commun;* en d'autres termes, la faculté pour chaque époux d'avoir une habitation distincte et séparée.

Quelle différence y a-t-il entre le divorce et la séparation de corps?

Ainsi, le divorce dissout le mariage complètement, absolument. Il brise tous les liens qui existaient entre les époux : droits et devoirs de fidélité, droits et devoirs d'assistance et de secours, tout est rompu; chaque époux est dorénavant maître de sa personne, et libre de former de nouveaux liens.

La séparation de corps, au contraire, ne *rompt* point le lien du mariage, elle ne fait que le *relâcher.* Elle affranchit les époux de l'obligation de vivre *ensemble et dans la même maison,* ce qui fait cesser, par voie de conséquence, les droits et les devoirs résultant de la vie commune; mais là s'arrête son effet. Sous tous autres rapports, et quant au devoir de fidélité, et quant à l'obligation alimentaire..., le mariage subsiste sans aucune atteinte.

Notre ancien droit admit-il le divorce ou la séparation de corps?

826. — II. Historique. — Notre ancien droit français n'admit point le divorce. La religion catholique, qui alors était le seul culte légalement reconnu, et dont l'influence se faisait sentir jusque dans les institutions civiles, fit prévaloir le principe de *l'indissolubilité du mariage.*

Pourquoi admit-il la séparation de corps plutôt que le divorce?

Mais, comme la vie commune peut, dans certains cas, devenir insupportable aux époux, on organisa, pour leur venir en aide, l'institution de la séparation de corps, dont la nature, subordonnée au principe de l'indissolubilité du mariage, se conciliait sans peine avec les exigences du catholicisme.

Quel système fut suivi dans le droit intermédiaire?

Le droit intermédiaire, qui rendit la loi civile indépendante de la loi religieuse et ne vit dans le mariage qu'un contrat purement civil (voy. le n° 516), se jeta dans un système diamétralement opposé. On crut devoir apporter un remède aux infortunes conjugales; et, comme la séparation de corps parut aux législateurs de cette époque avoir tous les inconvénients du divorce, sans en

avoir les avantages, on la supprima pour ne laisser subsister que le divorce (loi du 20 septembre 1792).

Le Code civil, conçu dans un esprit de conciliation, et plein de respect pour tous les cultes, qu'il protégeait également, autorisa tout à la fois le divorce et la séparation de corps, le divorce pour les époux qui n'auraient point de répugnance à en user, la séparation de corps pour les catholiques, qui purent ainsi, sans violenter leurs croyances religieuses, se soustraire aux tourments d'une existence commune devenue insupportable. — Toutefois, les rédacteurs du Code ne maintinrent le divorce qu'en le modifiant. Le droit intermédiaire en avait exagéré le principe; on chercha à le moraliser en le renfermant dans de sages limites.

Quel système a suivi le Code civil? Pourquoi permit-il tout à la fois le divorce et la séparation de corps?

Enfin, sous la Restauration, on en revint au système suivi dans l'ancien droit : on supprima le divorce, pour ne laisser subsister que la séparation de corps (loi du 8 mai 1816).

Quel système nous régit aujourd'hui ?

— Ainsi, en résumé :

1° L'ancien droit français n'admet que la séparation de corps;

2° Le droit intermédiaire ne permet que le divorce;

3° Le Code civil autorise le divorce ou la séparation de corps, au choix des époux;

4° La Restauration, rétablissant l'ancien droit, n'admet que la séparation de corps (1).

827. — III. Règle d'interprétation. — Les rédacteurs du Code civil, qui avaient consacré au divorce quatre longs chapitres, ont renfermé dans *six articles* la théorie de la séparation de corps. De là, on le conçoit, bien des lacunes; mais, comme, en définitive, la séparation de corps n'est qu'un divorce restreint, un appendice au divorce proprement dit, il est naturel d'emprunter, parmi les règles du divorce, celles qui, par analogie, peuvent être étendues à la séparation de corps (2).

§ II. *Des causes de la séparation de corps.*

828. — Elle peut être demandée dans les cas où le divorce aurait pu l'être *pour cause déterminée.*

Art. 306 et 307.

Les causes *déterminées* du divorce étaient au nombre de trois, savoir : 1° l'adultère; 2° les excès, sévices ou injures graves ; 3° la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (art. 229 à 232).

Pour quelles causes la séparation de corps peut-elle être prononcée?

Ces trois causes sont les seules qui puissent servir de fondement à une demande en séparation de corps.

829. — Le Code admettait une quatrième cause de divorce, opposée aux *causes déterminées,* et qu'on appelait le *consentement mutuel des époux.* Il ne s'agissait pas, comme on pourrait le croire,

N'existait-il pas une quatrième cause de divorce qui n'a pas été appliquée à la séparation de corps?

(1) Un projet de loi tendant au rétablissement du divorce a été *pris en considération* par la Chambre des députés dans la session de 1879.

(2) *Contra,* M. Laurent, t. III, n° 313.

d'un divorce convenu de gré à gré, et hors la présence de la justice. Voici ce que c'était que cette institution. Souvent l'époux qui avait une juste cause de divorce n'osait point, dans la crainte de perdre son conjoint, la livrer à la publicité. La loi lui venait alors en aide, en lui permettant de fonder sa demande sur son consentement joint à celui de son conjoint, et sans indication de la cause véritable qui le faisait agir. Ce consentement, manifesté et renouvelé plusieurs fois de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves réitérées qu'elle prescrivait, était considéré comme la preuve qu'il existait réellement une cause déterminée de divorce que le demandeur était dispensé de faire connaître (art. 233).

Quelle idée le Code entend-il exprimer lorsqu'il dit que la séparation de corps ne peut pas avoir lieu par *consentement mutuel?*

Cette cause de divorce n'a pas été étendue à la séparation de corps (art. 307). Ainsi, lorsqu'on dit que la séparation de corps ne peut pas avoir lieu par consentement mutuel, cela ne signifie point que la séparation consentie à l'amiable entre les époux et hors la présence de la justice est nulle et de nul effet : entendue ainsi, notre règle ne serait qu'une pure naïveté. Il faut l'entendre en ce sens qu'on ne peut point, en observant les formes, les conditions et les épreuves qui étaient prescrites pour le divorce par consentement mutuel, obtenir la séparation, et qu'ainsi celui des époux qui la demande ne peut être écouté qu'autant qu'il existe une cause déterminée de séparation qu'il précise et dont il fait preuve.

Ce mode de procéder, s'il eût été appliqué à la séparation de corps, n'eût été souvent, pour les époux, qu'un moyen frauduleux de tromper leurs créanciers. Voici comment : lorsque la femme forme une demande principale en séparation *de biens,* ses créanciers et ceux de son mari, quand ils jugent que sa demande est faite en fraude de leurs droits, peuvent intervenir au procès pour les défendre (art. 1447, C. civ.; 869, C. pr.); or, la séparation de corps, quoiqu'elle entraîne la séparation de biens, n'admet point l'intervention des créanciers. Les époux qui auraient redouté cette intervention n'eussent point manqué, pour l'éviter, de prendre la voie de la séparation de corps par consentement mutuel. C'est ce qu'il fallait empêcher (1).

L'adultère de la femme est-il toujours une cause de séparation de corps?
Quid, de l'adultère du mari?

— Revenons à nos causes de séparation.

830. — I. De l'adultère. — L'adultère de la femme, *en quelque lieu qu'elle l'ait commis,* est une cause de séparation (art. 229).

Celui du mari, au contraire, n'a cet effet qu'autant *qu'il a tenu sa concubine dans la maison commune* (art. 230), ou, ce qui revient au même, dans *la maison conjugale* (art. 339, C. pén.). Voy., sous le n° 753, la raison de cette différence entre l'adultère du mari et celui de la femme.

« *Tenu sa concubine dans la maison commune...* »

(1) Comp. MM. Demol., t. II, n° 400; Laurent, t. III, n° 314.

Ces expressions doivent être notées : elles précisent, en effet, les caractères que doit avoir l'adultère du mari, pour motiver une demande en séparation de corps. Ainsi, en les lisant avec soin, on trouve qu'il n'y a pas lieu à la séparation de corps :

L'adultère commis par le mari dans sa maison, avec une femme qui y demeure, donne-t-il toujours lieu à la séparation de corps

1° Lorsque l'adultère du mari, *quoique commis dans sa maison et avec une femme qui y demeure,* ne constitue qu'un fait isolé, une faute accidentelle : car, *tenir une concubine,* c'est former avec une femme une liaison, dans l'intention d'avoir avec cette femme des rapports suivis ;

Quid, s'il a, dans sa maison même, des rapports suivis avec une femme qui n'y demeure pas?

2° Lorsque, *dans sa maison même,* il entretient des rapports suivis avec une concubine *qui n'y demeure pas :* on ne peut pas dire, en effet, qu'il la *tient* dans sa maison.

831. — La *maison commune* ou *conjugale* est celle que le mari habite ou qu'il a le droit d'habiter, et dans laquelle, par conséquent, la femme a le droit d'être reçue elle-même. De là, il résulte que la séparation de corps peut avoir lieu :

Quid, si la maison dans laquelle il entretient sa concubine n'est qu'une *simple résidence ?*

832. — 1° Lorsque le mari a tenu sa concubine dans la maison commune, *quoique cette maison ne soit pas celle où il a* SON DOMICILE. Ainsi, lorsqu'il entretient sa concubine dans une maison de campagne où il n'a qu'une SIMPLE RÉSIDENCE, sa femme doit être écoutée, si elle demande, pour cette cause, la séparation de corps. Cette résidence, en effet, est la maison commune des époux, puisque la femme a le droit d'y être reçue et de l'habiter avec son mari ;

Quid, s'il entretient sa concubine dans une maison dont il est propriétaire, usufruitier ou locataire, mais où sa femme n'habite point?

833. — 2° Lorsqu'il tient sa concubine dans une maison dont il est propriétaire, usufruitier ou locataire, où il a, en un mot, le droit d'habiter, alors même que sa femme n'y demeure pas avec lui, et quoiqu'elle ait refusé d'y venir. Ainsi, lorsque le mari entretient sa concubine dans une maison qu'il a louée *en son propre nom,* bien qu'il n'y demeure pas habituellement, bien que sa femme n'y soit jamais venue, il y a lieu à la séparation de corps. Il a, en effet, le droit d'habiter cette maison, puisqu'il l'a louée en son nom : sa femme, par conséquent, a le droit d'y être reçue. C'en est assez : cette maison est légalement la maison commune des époux, puisqu'ils ont le droit l'un et l'autre d'y aller quand bon leur semble, d'y rester, de l'habiter, en un mot.

Quid, si la concubine que le mari entretient dans sa maison y a été introduite par sa femme?

834. — Lorsque le mari tient dans sa maison sa concubine, il y a lieu à la séparation, alors même que sa concubine y a été introduite par sa femme elle-même, qui l'avait prise pour domestique. Il tient, en effet, sa concubine dans sa maison, puisqu'au lieu de la renvoyer, ainsi qu'il devrait le faire, il la garde près de lui. D'ailleurs la loi ne distingue pas.

Art. 308.

La femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère n'encourt-elle point une autre peine ?

835. — « La femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère doit être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la *reclusion* dans une maison de correction pendant un temps déterminé, dont le minimum est de *trois mois* et le maximum de *deux années.* »

Sur cette disposition, nous ferons plusieurs remarques :

Est-ce la *reclusion?*

836. — 1° Ce n'est pas à la *reclusion* proprement dite que la femme adultère est condamnée. La *reclusion* dure *cinq ans* au moins; le condamné la subit dans une maison *de force* (art. 21, C. pén.). La femme condamnée pour adultère subit sa peine dans une maison *de correction,* et pendant *deux ans* au plus. La peine qu'elle encourt n'est donc pas la *reclusion ;* c'est tout simplement un *emprisonnement correctionnel* (art. 40, C. pén.).

Quel tribunal prononce cette peine?

Le tribunal civil pourrait-il prononcer cette peine par un jugement postérieur à la séparation de corps? Peut-il la prononcer contre le complice de la femme?

837. — 2° La femme est condamnée *par un tribunal civil.* C'est une dérogation au droit commun : car, en principe, l'application des peines appartient exclusivement aux tribunaux criminels. — La compétence du tribunal saisi d'une demande en séparation de corps, étant, quant à l'application de la peine, *extraordinaire* ou *exceptionnelle* (1), doit être renfermée dans les plus étroites limites. Concluons-en, d'une part, qu'il ne peut point condamner la femme par un jugement postérieur, lorsqu'il a omis de la condamner par le jugement même qui prononce la séparation de corps ; d'autre part, qu'il n'a point qualité pour condamner le complice de la femme (2).

Pourquoi cette peine ne peut-elle être prononcée que sur la réquisition du ministère public? *Quid,* si le mari ne conclut point à l'emprisonnement de sa femme?

838. — 3° La femme est condamnée *sur la réquisition du ministère public,* parce que lui seul peut conclure à l'application des lois pénales. — Toutefois, ce droit de réquisition ne lui appartient, dans l'espèce, que parce que le mari, en formant contre sa femme une demande en séparation de corps pour cause d'adultère, conclut implicitement à ce qu'elle soit emprisonnée. Si donc il déclarait formellement, tout en persévérant dans sa demande en séparation de corps, qu'il s'oppose à l'emprisonnement de sa femme, le ministère public n'aurait plus droit de le requérir. Il résulte, en effet, d'une part, de l'article 336 du Code pénal, que le mari seul a qualité pour dénoncer l'adultère de sa femme; d'autre part, de l'article 309 du Code civil, qu'il est maître d'empêcher l'emprisonnement, quand il a été prononcé, et qu'ainsi à lui seul appartient le droit de poursuivre la réparation de l'injure qu'il a reçue.

S'il déclare renoncer à la séparation de corps, peut-il conclure à l'emprisonnement?

S'il déclare, au contraire, qu'il renonce à la séparation de corps, tout en continuant de conclure à l'emprisonnement de sa femme, le tribunal ne pourrait pas prononcer cet emprisonnement : car, dès qu'il est dessaisi de la demande en séparation de corps, il cesse par là même d'être compétent pour l'application de la peine. — Que pourrait donc, dans ce cas, faire le mari? C'est ce que je vais dire dans le numéro suivant.

Est-ce que le mari

839. — 4° Le mari dont la femme est adultère peut, *sans de-*

(1) Voici le motif de cette exception. La loi pénale en vigueur au moment de la confection du Code civil, n'avait point rangé, parmi les délits, l'adultère de la femme. Les rédacteurs du Code civil, impatients de combler cette lacune, voulurent que le tribunal civil pût condamner la femme adultère par le jugement même qui prononcerait la séparation de corps.

(2) MM. Dur., t. II, n° 542 ; Massol, *Traité de la séparation de corps,* p. 190; Demol., t. II, n° 381.

mander la séparation de corps, obtenir son emprisonnement, en portant plainte contre elle devant le tribunal correctionnel. — Suivant le Code civil, le mari qui voulait venger son injure et faire emprisonner sa femme était obligé de former contre elle une demande en séparation de corps. Or, cette voie était souvent funeste pour lui-même : car, la séparation de corps entraînant la séparation *de biens,* et, par suite, la cessation des droits que le contrat de mariage confère, dans certains cas, au mari sur les biens de sa femme, le mari se trouvait ainsi, quand il obtenait la séparation, frappé dans ses intérêts, et puni d'une faute qui n'était pas la sienne. Le Code pénal a fait cesser cette anomalie. Deux voies sont ouvertes au mari : il peut, à son choix, former une demande en séparation devant le tribunal civil, ce qui amène la condamnation de sa femme, conformément à l'article 308 du Code civil ; ou, sans former aucune demande en séparation, porter plainte contre sa femme et la faire condamner par le tribunal correctionnel (art. 336 et 337, C. pén.).

ne peut obtenir l'emprisonnement de sa femme qu'à la condition de demander contre elle la séparation de corps?

Art. 309.

840. — 5° *Le mari est le maître, dans l'un et l'autre cas, d'arrêter ou de faire cesser l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme, en consentant à la reprendre* (art. 309, C. civ., et 337, C. pén.).

Le mari qui a fait condamner sa femme à l'emprisonnement n'est-il pas le maître d'arrêter ou de faire cesser l'effet de la condamnation ?

La femme contre qui la séparation de corps a été prononcée n'est pas, du reste, obligée d'accepter purement et simplement la grâce que lui offre son mari : elle peut, en effet, avoir un intérêt légitime à la refuser, ou au moins à ne l'accepter qu'en déclarant la volonté où elle est de ne pas se réconcilier. Autrement, son acceptation constituerait une véritable réconciliation, laquelle ferait cesser la séparation de corps et, par suite, renaître la nécessité de la vie commune. Or, la femme peut craindre que cette seconde épreuve ne soit pas plus heureuse que la première : elle peut donc légitimement refuser de la recommencer. Le jugement de séparation de corps lui a fait une position qu'elle a le droit de garder : car il est de principe que toute décision judiciaire forme entre les partie un véritable *contrat* qui, de même que les contrats ordinaires, ne peut pas être détruit et mis à néant par la volonté de l'une des parties seulement. Le mari, libre de renoncer au droit qu'il a de ne plus recevoir sa femme, ne peut pas la dépouiller du droit qu'elle a de vivre séparée : autrement, c'est-à-dire si la séparation de corps pouvait, par la seule volonté de celui des époux qui l'a obtenue, cesser au gré de son caprice ou de son intérêt, la position de son conjoint serait intolérable. — Il a toujours été admis, d'ailleurs, que la séparation de corps, de même que la séparation de biens, ne peut cesser que du consentement mutuel des époux (voy. Pothier, *traité de la communauté*, n° 526), et il n'est pas probable que le Code se soit, à cet égard, écarté de notre ancien droit (art. 1451).

La femme peut-elle légitimement refuser sa grâce ?

En d'autres termes, le mari peut-il la contraindre à reprendre la vie commune?

841. — 6° *Le tribunal civil, lorsqu'il prononce, pour cause d'adultère, la séparation de corps contre le mari, ne peut prononcer aucune peine contre lui.* — Mais sa femme peut porter plainte devant le

Le mari adultère peut-il être condamné à l'emprisonnement?

tribunal correctionnel et le faire condamner *à une amende de* 100 *à* 200 *francs* (voy. le n° 753, 2°).

Le mari convaincu d'avoir entretenu sa concubine dans la maison conjugale conserve-t-il le droit de demander, contre sa femme, la séparation de corps pour cause d'adultère ?

842. — 7° *Le mari qui a été convaincu d'avoir entretenu sa concubine dans la maison commune perd le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, et, par suite, de la faire condamner à l'emprisonnement* (art. 336, C. pén.). — Faut-il en conclure qu'il perd également, et par voie de conséquence, le droit d'obtenir contre elle la séparation de corps? L'affirmative est soutenue. Il a, dit-on, perdu le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, de la faire condamner à l'emprisonnement; or, s'il pouvait, même dans ce cas, former une demande en séparation de corps, il ferait indirectement ce que la loi lui défend. Il dénoncerait, en effet, l'adultère de sa femme, et il la ferait même condamner : car le tribunal civil saisi de sa demande en séparation serait obligé, en même temps qu'il y ferait droit, de condamner la femme à l'emprisonnement (art. 308, C. civ.) (1).

Art. 306.

Quelle est la seconde cause de séparation de corps ?

Qu'entend-on par *excès ?*

Par *sévices ?*

Par *injures ?*

843. — II. Des excès, sévices ou injures graves. — On appelle :

Excès, les violences ou attentats par lesquels l'un des époux compromet l'existence de l'autre;

Sévices, les actes de cruauté ou de méchanceté qui rendent la vie insupportable, mais sans la compromettre, tels que les voies de fait, les mauvais traitements;

Injures, les propos, les actes ou les écrits par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre.

Les tribunaux n'ont-ils pas, quant à l'appréciation de ces faits, un pouvoir tout discrétionnaire?

La question de savoir s'il y a ou non *excès,* si les sévices ou les injures sont ou non assez *graves* pour motiver une séparation de corps, est une pure question de fait, abandonnée à la sagesse des tribunaux, qui, pour la résoudre, doivent prendre en considération, non seulement toutes les circonstances du fait à apprécier, mais encore la qualité et la condition des époux. Les tribunaux remplissent ici l'office du jury; leur décision est souveraine. Elle peut être réformée, comme un *mal jugé,* par le tribunal d'appel; mais, comme elle ne viole aucun article de la loi, la Cour de cassation n'aurait point sur elle le droit de censure.

Quelles condamna-

844. — III. De la condamnation de l'un des époux a une peine

(1) MM. Dur., t. II, n° 574; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 532; Massol, p. 85. Le système contraire me paraît préférable. Le droit qu'a le mari d'obtenir la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme et le droit de la faire emprisonner pour la même cause, sont deux droits *distincts.* Il peut exercer l'un et négliger l'autre. La loi elle-même les fait indépendants (voy. le n° 839) : la perte de l'un n'entraîne donc pas nécessairement la perte de l'autre. Or, lequel des deux lui est enlevé dans l'espèce? Le droit de poursuivre l'emprisonnement de sa femme. Le droit à la séparation lui reste donc ! Et qu'on ne dise pas qu'en l'exerçant, il amènera indirectement l'emprisonnement de sa femme : car, si le tribunal ne doit pas et ne peut pas la condamner lorsque le mari, demandeur en séparation, s'oppose à l'emprisonnement (voy. le n° 838), il doit évidemment en être de même lorsque le mari a perdu le droit d'y conclure. Voy., en ce sens, M. Demol., t. II, n°s 415 et 416; M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 365; M. Laurent, t. III, n° 213.

INFAMANTE. — Remarquons : 1° que cette condamnation n'est une cause de séparation de corps qu'autant qu'elle n'est point *susceptible d'être réformée par une voie légale* (art. 261, 232 et 306 combinés) ; — 2° que l'époux du condamné peut demander la séparation de corps, alors même que son conjoint a été gracié ou qu'il a subi sa peine : car, dans l'un et l'autre cas, l'*infamie* subsiste ; la réhabilitation peut seule l'effacer.

tions peuvent donner lieu à la séparation de corps ?

Quid, si l'époux qui a été condamné a été ensuite gracié, ou s'il a subi sa peine ?

§ III. *Des fins de non-recevoir qui peuvent ou ne peuvent pas être opposées à une demande en séparation de corps.*

Art. 272, 273 et 274.

845. — I. DE LA RÉCONCILIATION. — La réconciliation emporte le pardon de l'injure, et, par suite, la renonciation au droit qu'avait l'époux d'obtenir la séparation de corps.

La *renonciation* peut s'induire de certains faits qui, à proprement parler, ne constituent point une *réconciliation*. Mais peu importe la nature du fait duquel on l'induit : son effet est le même dans tous les cas. Ainsi, quoique l'un des époux ait été frappé d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante, son conjoint n'est point recevable à demander la séparation, lorsqu'il est établi par toute sa conduite qu'il a renoncé au droit de l'obtenir.

La demande en séparation de corps ne peut-elle point, dans certains cas, être écartée par une fin de non-recevoir ?

Quid, de la réconciliation ?

D'où peut-elle s'induire ?

Quels sont ses effets ?

La réconciliation ou la renonciation ne fait tomber la demande en séparation de corps qu'autant que celle-ci est exclusivement fondée sur des faits antérieurs et pardonnés. Si des faits nouveaux sont survenus, l'époux qui avait renoncé à son droit est autorisé à former une demande nouvelle et à l'appuyer tant sur les faits antérieurs que sur des faits nouveaux. Remarquez même que sa demande est alors admissible, encore que les faits nouveaux ne soient pas *par eux-mêmes* assez graves pour la faire admettre, si, d'ailleurs, leur réunion aux faits antérieurs leur donne la gravité suffisante qu'ils n'ont point par eux seuls : autrement, dans quel but la loi permettrait-elle de faire revivre les faits antérieurs?

Quid, si depuis la réconciliation il survient de nouveaux faits ?

846. — II. DE LA PRESCRIPTION. — Elle n'est point reçue en notre matière : l'époux outragé doit être écouté, à quelque époque qu'il demande la séparation, pourvu d'ailleurs qu'il soit démontré par toute sa conduite qu'il n'a pas renoncé à son droit. Ainsi, la femme qui quitte la maison commune où son mari entretient une concubine peut, *même après trente ans de silence*, former sa demande en séparation de corps ; elle le peut, parce qu'ayant constamment protesté par sa conduite contre l'affront que lui a fait son mari, l'inaction dans laquelle elle est restée ne prouve point qu'elle ait renoncé à son droit (1).

La prescription est-elle admissible en matière de séparation de corps?

847. — III. DE LA RÉCIPROCITÉ DES TORTS. — L'époux défendeur à une demande en séparation de corps peut-il la faire tomber, en établissant que son conjoint s'est rendu coupable de faits de nature

La réciprocité des torts peut-elle servir de fin de non-recevoir ?

(1) M. Demol., t. II, n° 409. — *Contra*, MM. Aubry et Rau, t. V, § 492, note 24 ; Laurent, t. III, n° 215.

à motiver contre lui une demande en séparation de corps? Je ne le pense pas. Si la séparation doit être prononcée, c'est surtout lorsqu'il existe du chef des deux époux des causes suffisantes de séparation : car cette réciprocité de torts prouve, de la manière la plus énergique, l'impossibilité de la vie commune. Il ne faut pas que le délit ou la faute de l'un des époux puisse donner à l'autre la faculté de manquer impunément à ses devoirs.

Dans ce cas, chacun des époux ne peut-il pas former une demande en séparation contre l'autre ?

Tout ce que peut faire le défendeur, dans notre espèce, c'est de former à son tour une demande en séparation contre son conjoint, auquel cas le tribunal prononce la séparation *contre les deux époux ;* en sorte que chacun d'eux supporte également les *déchéances* que la séparation fait encourir à l'époux contre lequel elle est prononcée (voy. l'expl. de l'art. 1518) (1).

La règle que la réciprocité des torts ne fait pas obstacle à la séparation ne souffre-t-elle point des exceptions?

848. — On a proposé deux exceptions au principe que la réciprocité des torts ne constitue point une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps.

J'ai expliqué la première, sous le n° 842. Voici la seconde. Lorsque chacun des époux a été frappé d'une condamnation à une peine infamante, aucun des deux ne doit être écouté, s'il motive sur la condamnation de l'autre une demande en séparation. Comment, en effet, l'époux flétri se plaindrait-il de la flétrissure de son conjoint? La loi suppose, d'ailleurs, que l'époux qui motive sa demande sur la condamnation de son conjoint ne doit pas lui-même l'avoir encourue : « la condamnation de *l'un des époux,* dit-elle, est pour l'autre une cause de séparation » (art. 232) (2).

Art. 269.

Qu'arrive-t-il dans le cas où la femme demanderesse en séparation de corps a quitté la maison où le président du tribunal l'avait autorisée à se retirer?

849. — IV. DU CAS OU LA FEMME DEMANDERESSE EN SÉPARATION A QUITTÉ LA MAISON OU ELLE AVAIT ÉTÉ AUTORISÉE A SE RETIRER PAR LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL. — Ce fait aurait pu constituer, en matière *de divorce,* une fin de non-recevoir contre la femme (art. 269). Il faut, je crois, décider de même en notre matière. Le Code était aussi et même plus favorable au divorce qu'à la séparation de corps, puisqu'il le permettait pour une cause (le consentement mutuel) qu'il n'admet point quant à la séparation de corps (voy. le n° 829) : il ne se peut donc pas que la femme ait le droit d'obtenir la séparation là où elle aurait pu être déclarée non-recevable dans une demande en divorce. — Mais notez que la femme qui a quitté la maison où elle avait été autorisée à se retirer n'est pas, à raison de ce fait, nécessairement déchue de son droit : l'article 269 porte seulement qu'elle *pourra* être déclarée non recevable. Les juges ont donc à cet égard un certain pouvoir d'appréciation (3).

(1) Marc., sur l'art. 307 ; Dem., t. II, n° 7 *bis ;* MM. Demol., t. II, n° 416; Val., *Explic. somm.*, p. 140 et suiv. ; Aubry et Rau, t. V, § 492, *d;* Bourgeot, *Rev. prat.*, t. VII, p. 85.

(2) M. Demol., t. II, n° 415. — Les motifs sur lesquels on prétend fonder cette exception sont peu concluants. J'aurais de la peine à l'admettre. Comp. M. Val., *Explic. somm.*, p. 141, et *Cours de C. civ.*, t. I, p. 367.

(3) M. Demol., t. II, n° 414. — *Contra,* M. Laurent, t. III, n° 322.

La demande en séparation de corps peut-elle être formée par l'un des époux après le décès de l'autre ?

850. — V. De la mort de l'un des époux. — Le droit de *former* une demande en séparation de corps s'éteint nécessairement par le décès de l'un des époux : car la mort brise elle-même, et bien plus complètement que ne le pourrait faire la séparation, tous les liens du mariage. Ainsi, la séparation ne peut être *demandée* ni par les héritiers de l'époux outragé contre l'époux coupable, ni par l'époux outragé contre les héritiers de son conjoint. Sur ce point tout le monde est d'accord.

Quid, si, après qu'elle a été valablement formée, l'un des époux meurt pendant le procès ?

Mais si, après que la demande a été formée, l'un des époux meurt *pendente lite,* l'action peut-elle être *continuée* par l'époux demandeur contre les héritiers de l'époux défendeur, ou par les héritiers du demandeur contre le défendeur?

La solution de cette question doit, si je ne me trompe, être la même que dans la précédente hypothèse.

Le droit à la séparation de corps, c'est-à-dire au relâchement du lien conjugal, suppose nécessairement l'existence du mariage. Il ne peut pas lui survivre : car, comment relâcher un lien qui n'existe plus? comment séparer ceux qui ont cessé d'être unis? Ce droit cesse donc avec le mariage, et, par conséquent, en cas de mort de l'un des époux. Or, s'il est de sa nature et de son essence même de ne pas survivre au mariage, qu'importe la date de l'événement qui dissout le mariage? Le droit qui, par sa nature et par son essence, n'est point héréditaire, reste intransmissible à perpétuité.

Mais, dit-on, la séparation de corps n'a pas seulement pour but de faire cesser la vie commune : elle touche aussi aux intérêts pécuniaires des parties, puisqu'elle entraîne contre l'époux coupable la déchéance des avantages qu'il avait stipulés en son contrat de mariage (art. 1518). Or, ces intérêts pécuniaires survivent aux époux : donc le procès en séparation de corps peut être continué par ou contre leurs héritiers.

Si cet argument était juste, il faudrait, pour être logique, dire que la demande en séparation peut, non seulement être *continuée,* mais encore être *intentée,* au point de vue des intérêts pécuniaires qui s'y rattachent, par ou contre les héritiers des époux ! Si l'on admet qu'elle ne peut pas être *intentée* par ou contre eux, c'est que, son but principal, essentiel, unique, étant la *cessation de la vie commune,* elle n'a plus d'objet dès que le mariage est dissous. Or, cette raison, qui est souveraine pour empêcher la *demande,* est également souveraine pour la faire tomber, quand elle a été *formée.* Le but de la séparation de corps est purement moral ; les déchéances pécuniaires qu'elle entraîne n'entrent point dans son objet : elles n'en sont que les *effets,* les *conséquences* légales. Elles ne peuvent donc pas être produites sans elle et indépendamment d'elle.

Tout ce que je puis accorder, c'est que les juges saisis d'une demande en séparation de corps doivent, lorsqu'elle tombe par

le décès de l'un des époux, retenir l'affaire, à l'effet de vider la question *des dépens* (1).

§ IV. *De la procédure à suivre, sur la demande en séparation de corps. — Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles cette demande peut donner lieu.*

Art. 307.

Comment sont intentées, instruites et jugées les demandes en séparation de corps ?

851. — I. Procédure. — Le Code n'applique pas à la séparation de corps la procédure *spéciale* qu'il avait tracée pour le *divorce* (voy. les art. 234 et suiv.); il veut que la demande en séparation soit intentée, instruite et jugée, selon le droit commun, c'est-à-dire de la même manière que toute autre action civile (voy. la *Form.* 102). — Toutefois, si absolue qu'elle soit dans ses termes, cette disposition reçoit des exceptions. Il existe, en effet, entre les affaires ordinaires et les procès en séparation de corps plusieurs différences :

Par quelle formalité le préliminaire de conciliation usité dans les procès ordinaires est-il remplacé dans les procès en séparation de corps ?

1° Dans les affaires ordinaires, le demandeur appelle directement, par citation d'huissier, son adversaire en conciliation devant le juge de paix (art. 48, C. pr.). — Il n'en est point de même en notre matière. Celui des époux qui veut former une demande en séparation de corps adresse préalablement une requête au président du tribunal, qui, par ordonnance, l'appelle à comparaître devant lui, en même temps que son conjoint. Il leur fait les représentations qu'il croit propres à opérer un rapprochement; et, s'il n'y parvient pas, il les renvoie, par une seconde ordonnance, à se pourvoir directement devant le tribunal de première instance, sans passer par le préliminaire de la tentative de conciliation devant le juge de paix (art. 875 et suiv., C. pr.);

La femme a-t-elle besoin d'être autorisée lorsqu'elle veut former contre son mari une demande en séparation ? Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer la *requête* de la *demande ?*

2° Selon le droit commun, la femme mariée ne peut ester en justice qu'avec l'autorisation de son mari ou du *tribunal.* — En notre matière, au contraire, elle peut, sans aucune autorisation, adresser au *président* la requête qui doit précéder sa demande; quant à la demande elle-même, c'est le *président* qui l'autorise implicitement, en rendant l'ordonnance par laquelle il renvoie la femme à se pourvoir devant le tribunal;

L'*aveu* peut-il servir de preuve en matière de séparation de corps?

3° En matière ordinaire, l'*aveu* du défendeur est la meilleure preuve qu'on puisse fournir contre lui (art. 1356). — Ce mode de preuve n'est pas admis en notre matière : autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder la règle que la séparation de corps ne peut pas avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Et ce que je dis de *l'aveu* est également vrai, et même par *a fortiori,* du *serment :* car, au fond, le serment n'est rien autre chose qu'une *transaction* entre les parties (voy. l'explic. de l'art. 1357);

(1) Marc., sur l'art. 307; MM. Massol, p. 22; Demol., t. II, n° 429; Val., *Explic. somm.*, p. 150; Aubry et Rau, t. V, § 492, note 3.

4° Lorsque, dans un procès ordinaire, l'une des parties produit pour témoins ses domestiques ou ceux de l'adversaire, ses parents ou alliés jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ou ceux de l'adversaire, ces témoins peuvent être reprochés (art. 283, C. pr.). Leur témoignage est, au contraire, admissible dans les séparations de corps : autrement, c'est-à-dire si l'on écartait le témoignage de ceux qui, par leur position, sont, dans la plupart des cas, les seuls témoins des faits qui servent de fondement à la séparation, le droit de la demander ne serait, en fait, qu'un droit purement illusoire.

Quid, du témoignage des domestiques ou des parents des époux?

— Notez toutefois qu'on n'admet pas, même en notre matière, le témoignage des enfants ou descendants des époux (art. 251, C. civ.);

5° Les créanciers des parties peuvent, en matière ordinaire, intervenir au procès pour la sûreté de leurs droits. — Cette intervention n'est pas admise dans les procès qui, comme la séparation de corps, ont pour objet principal et essentiel une question d'état;

Les créanciers des époux peuvent-ils intervenir au procès?

6° Selon le droit commun, les jugements ne sont soumis à aucune condition de publicité. — Le jugement qui prononce la séparation de corps doit être rendu public et affiché, dans les formes prescrites par les articles 872 et 880 du Code de procédure. A défaut de cette publication, la séparation de biens, qui résulte de la séparation de corps, n'est pas opposable aux tiers qui ont traité avec le mari (art. 66, C. comm.) (1).

Le jugement qui prononce la séparation de corps ne doit-il pas être rendu public?

852. — II. Mesures provisoires et conservatoires. — 1° *Mesures relatives aux enfants*. — En principe, la garde et l'administration provisoire des enfants restent au mari. Toutefois, il peut en être ordonné autrement par le *tribunal*, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, soit du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants (art. 267, C. civ.).

Art. 267.

A qui sont confiés les enfants pendant le procès en séparation de corps?

2° *Mesures relatives à la personne de la femme*. — Elle peut, même quand elle est défenderesse, obtenir du *président* du tribunal l'autorisation de quitter provisoirement la maison commune, et de se retirer dans une autre maison, dont elle convient avec son mari ou que le président désigne d'office (art. 878, C. pr.).

Quelles mesures peuvent être prises relativement à la personne de la femme?

Lorsqu'il accorde à la femme la faculté de quitter provisoirement la maison commune, le *président* l'autorise en même temps à se faire remettre les linges et hardes dont elle a besoin pour son usage journalier.

Enfin, elle peut, lorsqu'elle n'a point de ressources personnelles, demander provisoirement une pension alimentaire et les fonds qui lui sont nécessaires pour soutenir le procès. Cette demande, au lieu d'être adressée au *président*, doit être portée à l'audience et jugée par le *tribunal* (art. 878, C. pr.).

3° *Mesures relatives aux intérêts pécuniaires de la femme*. — Elle

Relativement à ses

(1) MM. Dur., t. II, n° 611; Demol., t. II, n° 491.

ntérêts pécuniaires?

peut, de son propre chef, et sans y être autorisée par le président du tribunal, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets de la communauté (art. 270, C. civ.).

Le tribunal peut même l'autoriser à prendre d'autres mesures plus efficaces, si celle-ci paraît insuffisante, et, par exemple, à faire déposer à la Caisse des consignations le numéraire de la communauté, lorsqu'il y a de justes raisons de craindre que le mari ne le dissipe (art. 869, C. pr., arg. d'anal.) (voy. les *Form.* 103 et 104).

Relativement à la personne et aux intérêts pécuniaires du mari?

4° *Mesures relatives à la personne et aux intérêts pécuniaires du mari.* — Si la présence de la femme dans la maison du mari compromet la sûreté personnelle de celui-ci, le président du tribunal peut, sur la demande du mari, ordonner qu'elle sera tenue de se retirer, pendant le procès, dans une autre maison qu'il indique (voy. la *Form.* 105) (1).

Cette mesure, il est vrai, n'est point écrite dans la loi; mais la raison, d'accord avec l'équité, l'approuve et la commande. Or, aux termes de l'article 4, sainement entendu, les juges ont le droit et le pouvoir de prendre, sur les points que les lois positives n'ont point réglés, les décisions que leur suggèrent les règles de l'équité naturelle.

— Il n'est point non plus douteux que le mari qui n'a point de ressources personnelles ne puisse obtenir de sa femme, lorsqu'elle a le moyen de les fournir : 1° une pension alimentaire; 2° une provision *ad litem,* c'est-à-dire les fonds dont il a besoin pour soutenir le procès (arg. tiré de l'art. 212, C. civ.).

§ V. *Des effets de la séparation de corps.*

311. Elle en produit deux principaux : l'un est relatif à la personne, l'autre aux biens des époux.

Que s sont les effets de la séparation de corps?

853. — I. Effet relatif a la personne des époux. — La séparation de corps affranchit les époux de l'obligation de vivre ensemble. Le mari n'est plus tenu de recevoir sa femme; la femme est libre d'habiter comme bon lui semble : la *vie commune,* en un mot, n'est plus obligatoire pour eux.

Cet effet principal détruit ou modifie, par voie de conséquence, tous les droits et devoirs résultant de la *vie commune,* ou qui s'y rattachent. Ainsi :

1° La femme peut avoir un domicile propre et indépendant de celui de son mari (voy. le n° 332);

2° Les enfants ne sont plus confiés aux soins communs de leur père et de leur mère. La loi en donne la garde à celui des époux

(1) MM. Dur., t. II, n° 577 ; Demol., t. II, n° 467 ; Aubry t Rau . V, § 493, p. 197.

qui a obtenu la séparation de corps ; sauf au tribunal à ordonner, sur la demande de la famille ou du ministère public, et pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne (art. 302) ;

3° Sous l'empire du Code, la séparation de corps ne portait aucune atteinte au principe que *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* (art. 312). Il n'en est plus de même aujourd'hui. Nous verrons, sous l'article 312, qu'aux termes d'une loi du 6 décembre 1850, la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant* n'a plus, après la séparation de corps, la force que la loi lui attribue à l'égard des époux qui ne sont pas séparés.

854. — II. Effet relatif aux biens. — La séparation de corps entraîne avec elle et de plein droit la *séparation de biens*.

Ainsi, les époux étaient-ils communs en biens : ils cessent de l'être, leur communauté est dissoute, la femme reprend la jouissance et l'administration de sa fortune (art. 1449).

Etaient-ils mariés sous le régime sans communauté ou sous le régime dotal : le mari perd et la femme reprend tous les droits, droit d'administration, droit de jouissance..., qu'elle lui avait conférés sur ses biens (art. 1531 et 1563).

Remarquons dès à présent que la femme qui, par l'effet de la séparation de corps, acquiert le droit d'administrer sa propre fortune et, par suite, de faire sans autorisation tous les actes d'administration qu'exige la gestion de son patrimoine, demeure incapable de faire à elle seule les actes qu'une large administration ne comporte pas. Ainsi, elle ne peut ni aliéner, ni hypothéquer ses immeubles, ni donner ses meubles, ni plaider, ni accepter une succession ou une donation..., sans l'autorisation de son mari ou de justice.

855. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que la séparation de corps laisse subsister : Quels sont les droits et les devoirs qu'elle laisse subsister?

1° *Le devoir de fidélité*. — Toutefois, en ce qui touche le mari, ce devoir n'a plus de sanction : car l'adultère que le mari commet n'est punissable qu'au cas où il a lieu *dans la maison commune* (voy. le n° 830), et il n'y a plus de maison commune après la séparation de corps.

2° *Le devoir de se fournir réciproquement des secours pécuniaires*. — Ainsi, l'époux qui n'a point de ressources personnelles peut, alors même que la séparation de corps a été prononcée contre lui, obtenir de son conjoint, s'il est en état de la fournir, une pension alimentaire.

3° *Le devoir d'assistance*. — Ainsi, l'époux devenu infirme et malade peut exiger que son conjoint vienne dans sa maison lui donner des soins. Qu'on ne dise pas qu'en le forçant d'aller dans la maison de l'époux qui, dans sa détresse, l'appelle près de lui, on le prive du bénéfice de la séparation de corps ! Dans ce cas, en effet, on ne rétablit point la vie commune, on ne fait point revivre

contre lui l'obligation d'*habiter* avec son conjoint ; tout ce qu'on lui demande, c'est qu'il aille librement, comme le pourrait faire une garde-malade, donner ses soins à l'époux qui les réclame. — Le refus d'obéir aurait pour sanction la perte du droit de réclamer des aliments, en cas de besoin (1).

4° *L'incapacité* de la femme pour tous les actes autres que ceux d'administration.

5° *Le droit de successibilité réciproque* (art. 767). — Ce droit est attaché à la qualité d'époux. Le divorce le faisait cesser : car, en dissolvant le mariage, il enlevait à chacun des conjoints son titre d'époux. En cas de séparation de corps, le mariage subsistant, le droit de successibilité subsiste avec lui.

6° *Le droit de jouissance légale qu'ont les père et mère sur les biens de leurs enfants* (art. 384). — Ce droit, il est vrai, cessait à l'égard de l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé ; mais cet effet du divorce, étant purement pénal, ne peut être étendu à la séparation de corps (art. 386, arg. *a contrario*) (2).

(1) M. Demol., t. II, n° 502. — *Contra*, M. Laurent, t. III, n° 347.

(2) *Question controversée*. — Aux termes de l'art. 299, l'époux *contre lequel le divorce a été prononcé* perd *de plein droit* tous *les avantages* que son conjoint lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit après le mariage contracté.

A l'inverse, celui qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu.

Cette déchéance est-elle applicable à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ? Deux époux se sont fait, par leur contrat de mariage, des donations réciproques ; une séparation de corps intervient : les donations qu'ils se sont mutuellement faites sont-elles révoquées à l'égard de l'époux coupable, et maintenues dans l'intérêt de l'époux outragé ?

Cette question a donné lieu à trois systèmes :

Premier système. — Les donations faites à l'époux coupable par l'époux outragé, ne sont ni *révoquées de plein droit*, car cette déchéance étant une *peine* ne peut pas être étendue du divorce à la simple séparation de corps, ni *révocables pour cause d'ingratitude*, car les donations que l'un des futurs conjoints fait à l'autre par son contrat de mariage ont lieu *en faveur du mariage*, et les donations de cette nature ne sont pas révocables pour cette cause (art. 959).

Second système. — Elles ne sont point *révoquées de plein droit* par l'effet de la séparation de corps ; mais elles sont *révocables pour cause d'ingratitude* conformément à l'art. 955.

Troisième système. — Elles sont *révoquées de plein droit* par l'effet de la séparation de corps : dès lors il est inutile de rechercher si elles sont ou non *révocables pour cause d'ingratitude*. (Remarquez cependant que cette question de savoir si elles sont ou non *révocables pour cause d'ingratitude* peut être posée dans le cas où l'époux donateur, sans demander la séparation de corps, demande principalement, et pour cause d'ingratitude, la révocation des donations qu'il a faites ; nous l'étudierons dans le t. II, sous l'art. 959.)

— Les motifs suivants m'ont fait accepter le dernier système :

1° La séparation de corps a été admise *parallèlement* au divorce, afin de donner aux époux qui suivent la religion catholique la liberté et le moyen de se séparer, tout en reconnaissant le principe de l'indissolubilité du mariage (voy. le n° 826). On l'a, au Conseil d'Etat même, appelée *le divorce des catho-*

§ VI. *De la cessation de la séparation de corps.*

La séparation de corps est-elle irrévocable ?

Quand cesse-t-elle?

856. — La séparation de corps cesse par la réunion volontaire des époux ou par leur réconciliation. — La réunion volontaire ou la réconciliation suppose *le concours des volontés des époux*. Con-

liques. Aussi n'en a-t-on point fait l'objet d'un Titre particulier ; c'est dans le Titre même *Du divorce*, comme un *chapitre* du divorce, qu'il en a été traité. C'est donc entrer dans l'esprit de la loi que d'emprunter au divorce, pour les appliquer à la séparation de corps, tous les effets qui, par leur nature, peuvent être produits *sans blesser le principe de l'indissolubilité du mariage* (voy. le nº 827). — Les libéralités que se font les époux ne sont point de l'essence du mariage : elles n'en sont qu'un accident ; souvent même elles ne s'y rencontrent pas. Elles n'ont trait d'ailleurs qu'aux intérêts pécuniaires des époux, et le *mariage* est étranger aux intérêts de cette nature. Leur révocation le laisse donc subsister dans sa pureté primitive.

Cela posé, nous disons : Le divorce entraîne la révocation des donations que l'époux contre lequel il a été prononcé a reçues de son conjoint ; la séparation de corps, institution parallèle du divorce proprement dit, fondée sur les mêmes causes, en produit tous les effets, sauf ceux qui blesseraient le principe catholique de l'indissolubilité du mariage; la révocation des donations ne porte aucune atteinte à ce principe : donc !...

2º Nos anciens jurisconsultes, si ennemis du divorce, admirent pourtant qu'en cas de séparation de corps l'époux qui l'aurait obtenue pourrait demander la révocation des donations qu'il aurait faites à son conjoint (voy. Poth., *Contr. de mar.*, nº 527) ; or, comment croire que nos rédacteurs, qui avaient admis le divorce, se soient, quant à la séparation de corps, montrés plus rigoristes que le catholique Pothier ?

3º La loi a déterminé : 1º les *causes* (art. 306), 2º les *formes* et la *procédure* (art. 307) de la séparation de corps; elle n'a rien dit, au contraire, de ses *effets.* Or, comment expliquer son silence à cet égard, si ce n'est par cette considération que, la séparation de corps n'étant que le divorce moins la dissolution du mariage, elle devait en produire tous les effets autres que ceux qui seraient incompatibles avec le maintien du mariage ? Et, si elle a pris soin de dire expressément que la séparation de corps entraîne la séparation de biens (art. 311), n'est-ce pas parce qu'on aurait pu croire que la dissolution de la communauté, effet ordinaire de la dissolution du mariage (art. 1441), était contraire au principe de l'indissolubilité du lien conjugal ? Si elle n'a rien dit de la révocation des donations, c'est que cet effet du divorce ne dérive point de la *dissolution du mariage.* Ce qui prouve qu'il n'en dérive pas, c'est qu'il n'a point lieu dans le cas d'un divorce prononcé *par consentement mutuel* (art. 299) ; ce qui le prouve encore, c'est que l'époux qui a obtenu le divorce conserve les libéralités qu'il a reçues, quoique pourtant le mariage soit dissous quant à lui, aussi bien qu'à l'égard de son conjoint.

4º Lorsque la loi règle un effet dérivant *de la dissolution du mariage*, elle prend soin de le limiter au cas du *divorce* (voy. l'art. 767); or, a-t-elle, par quelque disposition directe ou indirecte, limité au cas du divorce la révocation des donations ? Cette limitation n'est écrite nulle part ! donc..., etc.

5º Aux termes de l'art. 1518, l'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve son droit *au préciput :* l'époux contre lequel elle a été prononcée le perd donc ! Or, si la séparation de corps qu'il encourt le dépouille *du préciput*, c'est-à-dire d'un avantage qui, dans la plupart des cas, n'est obtenu qu'en échange de telle ou telle concession faite à son conjoint, *à bien plus forte raison* doit-il en être de même des donations purement gratuites. — Cet argument est décisif. On n'y a jamais répondu.

Deux objections ont été faites contre ce système :

Première objection. — La révocation des donations est une déchéance *pé-*

cluons-en que celui d'entre eux qui a obtenu la séparation de corps ne peut point, *par sa seule volonté* et contre le gré de l'autre, la faire cesser en déclarant qu'il y renonce (voy. le n° 840).

Quant à la question de savoir s'il y a eu ou non réconciliation, elle est entièrement abandonnée à l'appréciation des juges, qui doivent, pour la résoudre, consulter toutes les circonstances propres à révéler l'intention des époux.

La cessation de la séparation de corps fait-elle cesser, de plein droit, tous les effets que la séparation avait produits?

857. — La cessation de la séparation de corps fait cesser, en général, les effets que la séparation avait produits. Toutefois, la *séparation de biens* lui survit dans la plupart des cas : car, tandis que le consentement des époux, *de quelque manière qu'il soit révélé,* expressément ou tacitement, verbalement ou par écrit, suffit seul pour faire cesser la séparation de corps, il faut, aux termes de l'article 1451 (2e alinéa), pour faire cesser *la séparation de biens,* ou, plus généralement, pour rétablir les conventions matrimoniales dans leur état primitif, un consentement exprès, manifesté « *par acte passé devant notaire et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme prescrite par l'article* 1445 » (voy. la *Form.* 106).

nale ; or, *les peines* ne s'étendent point par interprétation d'un cas à un autre.

Voici ma réponse : La révocation des donations par l'effet du divorce ne constitue point une *peine* proprement dite ; ce n'est qu'une déchéance purement civile, fondée sur *l'intention des parties.* Je m'explique. Les donations que se font les époux n'ont point pour cause unique la *générosité* du donateur ; elles sont faites surtout en contemplation du mariage, c'est-à-dire du bonheur et de la considération qu'on doit y trouver. Elles renferment, par conséquent, cette condition implicite qu'elles seront révoquées si le donataire, violant tous ses devoirs d'époux, vient briser cet avenir de bonheur que le donateur avait cherché dans le mariage. Leur révocation n'a donc, dans notre espèce, d'autre fondement que *l'inexécution de la condition* tacite sous laquelle elles avaient été faites; or, cette cause de révocation, *c'est le droit commun des donations* (voy. l'art. 953). Pourquoi n'en pas faire l'application à la séparation de corps ?

Deuxième objection. — La loi est favorable à la cessation de la séparation de corps; or, la révocation des donations, si elle avait lieu, ferait obstacle à la réconciliation des époux : car celui d'entre eux qui a obtenu la séparation de corps ne serait point porté à la faire cesser, puisqu'en rétablissant les choses dans leur état primitif il perdrait le bénéfice de la révocation.

A cela deux réponses péremptoires :

1° La cessation de la séparation de corps n'entraîne pas par elle-même et par elle seule le rétablissement des conventions matrimoniales (voy. le n° 857).

2° Et en supposant d'ailleurs que la cessation de la séparation de corps dût avoir cet effet, la révocation des donations, loin d'entraver la réconciliation des époux, ne ferait que la rendre plus facile : car l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, étant alors puissamment intéressé à la faire cesser, afin d'obtenir le rétablissement des avantages qu'il a perdus, mettrait tous ses soins et tout son zèle à se faire pardonner.

Voy., dans le sens de notre opinion, à laquelle la Cour de cassation a fini par se rallier en 1845, MM. Val., *Explic. somm.*, p. 149 ; *Cours de C. civ.*, p. 375 ; Marc., sur l'art. 311 ; Massol, p. 295 ; Demol., t. II, nos 521 et suiv. — *Contra*, MM. Aubry et Rau, t. V, § 494, note 32 ; Laurent, t. III, n° 354.

TITRE SEPTIÈME

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION

19e *Répétition.*

858. — Généralités. — Les mots *paternité, maternité* et *filiation,* expriment des idées corrélatives et inséparables.

La rubrique de notre Titre est-elle exacte?

La loi a donc eu tort de ne point mentionner la *maternité* dans la rubrique de notre Titre. Elle eût été plus exacte si elle eût dit : De la *paternité,* de la *maternité* et de la *filiation;* ou, plus simplement encore : De la *filiation,* car cette expression dit tout à elle seule.

Qu'est-ce que la *filiation?* La *paternité?*

La *filiation* est la relation que le fait de la procréation établit entre deux personnes dont l'une est née de l'autre. Cette relation conserve le nom de *filiation,* lorsqu'on la considère par rapport à l'enfant ; on l'appelle *paternité* ou *maternité,* lorsqu'on l'envisage au point de vue du père ou de la mère.

Combien la loi reconnaît-elle d'espèces de filiations?

— La loi reconnaît trois espèces de filiations :

1° La filiation *légitime,* qui se divise en filiation *légitime* proprement dite et filiation *légitimée;*

2° La filiation *naturelle,* qui se divise en filiation naturelle *simple, adultérine* et *incestueuse;*

3° La filiation *adoptive.*

Donc six classes d'enfants :

Combien de classes d'enfants? Qu'est-ce qu'un enfant *légitime*? Un enfant *légitimé?*

1° Les enfants *légitimes,* c'est-à-dire les enfants conçus pendant le mariage de leurs père et mère.

2° Les enfants *légitimés*, c'est-à-dire les enfants qui, simples enfants naturels au moment de leur conception, sont devenus légitimes après coup, par le mariage de leurs père et mère (art. 331).

Un enfant *naturel* simple?

3° Les enfants *naturels* SIMPLES. Tout enfant conçu hors du mariage est naturel. On l'appelle *naturel simple*, quand le commerce d'où il est né ne constitue ni un *adultère* ni un *inceste,* c'est-à-dire lorsqu'il est issu de deux personnes qui, *au moment de sa conception,* étaient libres de tout lien conjugal, et entre lesquelles il n'existait aucun lien de parenté ou d'alliance susceptible de faire obstacle à leur mariage.

Un enfant *adultérin?*

4° Les enfants *naturels* ADULTÉRINS. On appelle *adultérin* l'enfant qui est issu de deux personnes qui, à l'époque de sa conception, n'auraient pas pu se marier ensemble, parce que l'une d'elles ou toutes les deux étaient déjà engagées dans les liens d'un précédent mariage encore existant.

Un enfant *incestueux?*

5° Les enfants *naturels* INCESTUEUX. Est *incestueux* l'enfant dont les père et mère étaient, *à l'époque de sa conception,* unis par un lien de parenté ou d'alliance susceptible de faire obstacle à leur mariage (art. 161-164).

Un enfant *adoptif?*

6° Les enfants *adoptifs,* c'est-à-dire ceux dont la filiation a sa source dans un contrat solennel intervenu entre eux et la personne qui les accepte pour enfants (art. 343 et suiv.).

859. — La filiation est la source des droits les plus importants. Ces droits sont plus ou moins étendus, suivant la qualité de l'enfant.

Quels sont les droits es enfants légitimes?

Est-il *légitime :* le lien qui l'unit à ses père et mère s'étend à leurs parents : il entre dans leur famille. Ainsi, outre ses père et mère, qui sont ses premiers parents, il a ou peut avoir des *ascendants,* aïeuls ou bisaïeuls..., et des *collatéraux,* frères, sœurs, oncles ou tantes... Sa légitimité l'investit d'un droit de successibilité générale. Il succède à ses ascendants, à l'exclusion de leurs collatéraux et de leurs propres ascendants; à ses autres parents, lorsqu'ils ne laissent point de parents plus proches que lui. Ce ne sont pas seulement ses père et mère qui lui doivent des aliments, quand il est dans le besoin; à défaut de ses père et mère, ses autres ascendants sont tenus de lui venir en aide (voy. le n° 738).

Les enfants *légitimés* ont-ils les mêmes droits?

Est-il *légitimé :* il a tous les droits d'un enfant légitime. Notez seulement qu'à la différence des enfants légitimes, qui, *dès qu'ils sont conçus,* acquièrent les droits que la légitimité confère, les enfants *légitimés* n'ont de vocation aux droits de la légitimité qu'à compter du jour où s'accomplit l'événement qui les fait passer de la condition d'enfants naturels à l'état d'enfants légitimes, c'est-à-dire qu'à partir de *la célébration du mariage de leurs père et mère* (art. 333).

Quels sont les droits des enfants *adoptifs?* Sous quels rapports les enfants adoptifs diffèrent-ils des enfants légitimes ou légitimés*?*

Est-il *adoptif:* il a, *dans ses rapports avec l'adoptant,* les mêmes droits qu'un enfant légitime. Mais le lien qui l'unit à l'adoptant ne s'étend point aux parents de ce dernier; *il n'entre point dans sa famille...* De là cette double conséquence : 1° il ne succède point aux parents de l'adoptant; 2° ce n'est qu'à l'adoptant qu'il peut demander des aliments. Notez, en outre, qu'à la différence de la filiation légitime ou légitimée, qui fait naître entre l'enfant et ses parents un droit *réciproque* de successibilité, la filiation adoptive ne confère qu'à l'enfant le droit de successibilité : l'adoptant ne succède point, du moins en principe, à l'adopté (art. 350-352).

Quels sont les droits des enfants *naturels simples?* Sous quels rapports les enfants naturels simples diffèrent-ils, soit des enfants légitimes ou légitimés, soit des enfants adoptifs?

Est-il *naturel simple :* ses droits sont moins étendus encore que ceux de l'enfant adoptif. De même que l'*adoption,* la *reconnaissance* d'un enfant naturel n'a qu'un effet *relatif :* le lien qui unit l'enfant naturel à ses père et mère s'arrête à leur personne. Ainsi, l'enfant naturel reconnu n'entre point dans la famille de ses père et mère. Il en résulte : 1° qu'il ne succède jamais aux parents de ses père et mère; 2° que les ascendants de ses père et mère ne lui doivent point d'aliments. Sous ce double rapport, il est dans la même position que l'enfant adoptif. Mais voici en quoi il diffère : l'enfant *adoptif* a sur la succession de l'adoptant *tous les droits* d'un enfant *légitime* (art. 350); l'enfant naturel n'a qu'une *fraction* de ces mêmes droits sur la succession de ses père et mère (art. 757).

— A l'inverse, les père et mère *naturels* sont traités plus favorablement que les père et mère *adoptifs*. Entre les père et mère naturels et leurs enfants, le droit de successibilité est *réciproque :* ainsi, lorsqu'un enfant naturel décède sans postérité, ses père et mère lui succèdent (art. 765). Le droit de successibilité que fait naître l'adoption, n'existe, au contraire, que dans l'intérêt de l'adopté ; l'adoptant, en principe, n'a aucune vocation à la succession de l'adopté.

Quant aux enfants *adultérins* ou *incestueux,* la loi les met plus bas que les enfants adoptifs, plus bas encore que les enfants naturels simples : elle ne leur donne que le droit de réclamer des aliments (art. 762 et suiv.).

Quels sont les droits des enfants *adultérins* ou *incestueux ?*

CHAPITRE PREMIER. — De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage.

860. — I. Observation sur la rubrique de ce chapitre. — La loi s'occupe, dans ce chapitre :

La rubrique de notre chapitre est-elle complète ?

1° Des enfants conçus et nés pendant le mariage ;
2° Des enfants *conçus* avant, mais *nés* pendant le mariage ;
3° Des enfants nés après la dissolution du mariage.

La rubrique de notre chapitre est donc incomplète. La loi aurait dû dire, pour embrasser son sujet : De la filiation, 1° des enfants nés ou conçus pendant le mariage ; 2° des enfants nés après la dissolution.

860 *bis*. — II. Objet de notre chapitre. — L'enfant *légitime* étant l'enfant conçu d'une femme mariée et des œuvres de son mari, il en résulte qu'il doit, pour établir sa filiation légitime, prouver : 1° que la femme dont il se dit l'enfant est ou a été mariée ; 2° qu'elle a eu un enfant à telle époque ; 3° qu'il est l'enfant dont elle est accouchée ; 4° qu'il est issu des œuvres du mari de sa mère.

Quel est l'objet de notre chapitre ?
Qu'est-ce qu'un enfant *légitime ?*
Quels faits doit-il prouver pour établir sa légitimité ?

Il a donc quatre faits à prouver : 1° le mariage de ses prétendus père et mère ; 2° l'accouchement de sa prétendue mère ; 3° son identité avec l'enfant dont elle est accouchée ; 4° la paternité du mari de sa mère.

Comment et par quels modes de preuves prouvera-t-il le *mariage* de ses père et mère ? Ce point a déjà été réglé ; nous n'y reviendrons point (voy. les nos 706 et suiv.).

Comment prouve-t-il le mariage de ses père et mère ?

Comment et par quels modes de preuves prouvera-t-il la maternité, c'est-à-dire l'accouchement de la femme dont il se dit l'enfant ? Comment et par quelles preuves établira-t-il qu'il est bien l'enfant dont elle est accouchée ? En d'autres termes, comment prouvera-t-il sa *filiation* du côté de sa mère ? Ce point fait l'objet du chapitre II.

Nous verrons, en l'étudiant, que la loi a organisé pour faire cette preuve trois modes particuliers : l'*acte de naissance,* la *preuve testimoniale* et la *possession d'état.*

Comment prouve-t-il l'accouchement de sa mère ?
Comment prouve-t-il qu'il est l'enfant dont elle est accouchée ?
Ces différentes preuves font-elles l'obje de notre chapitre ?
Quels faits notre chapitre suppose-t-il prouvés ou constants ?
Quel est le fait dont il organise la preuve

N'a-t-il trait qu'à cet objet?

Notre chapitre I se place dans cette supposition : l'enfant a prouvé, 1° que la femme dont il se dit issu est mariée; 2° qu'elle a eu un enfant à telle époque; 3° qu'il est bien l'enfant dont elle est accouchée. Que lui reste-t-il à prouver pour établir sa *légitimité?* Qu'il est issu des œuvres du mari de sa mère. Comment fera-t-il cette preuve? Tel est l'objet *principal* de notre chapitre. Du reste, la preuve admise par la loi n'établit point d'une manière irréfragable la paternité du mari; ce n'est qu'une simple présomption, qui, dans certains cas et sous certaines conditions, peut être combattue et détruite par la preuve contraire. A cet effet, une action en *désaveu de paternité* est ouverte au mari; c'est le second objet de notre chapitre.

§ I. *Comment l'enfant qui se dit légitime prouve qu'il est né des œuvres du mari de sa mère. — Quels enfants sont placés sous la protection de la règle :* PATER IS EST QUEM NUPTIÆ DEMONSTRANT.

Art. 312.

Comment l'enfant qui se dit légitime prouve-t-il qu'il est né des œuvres du mari de sa mère?

861. — La *maternité* se révèle par des signes physiques et extérieurs, la grossesse et l'accouchement, qui en rendent la preuve facile et sûre.

Il n'en est pas de même de la *paternité.* Elle est de sa nature toujours occulte et incertaine : aussi n'est-elle point, comme la maternité, susceptible d'une preuve directe.

Comment donc l'établir?

On la prouve au moyen d'une *probabilité* que la loi élève au rang d'une preuve, et qu'on appelle pour cela *présomption légale.*

La présomption légale est une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349).

Une femme mariée met au monde un enfant. Quel est le père de cet enfant? voilà le fait inconnu, le fait à prouver. Du fait *connu,* le *mariage* de la mère, la loi tire cette conséquence que le mari est le père. De là cette antique règle : *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* (1). De là cette règle identique de notre Code : « L'enfant CONÇU pendant le mariage a pour père le mari. »

Sur quelles considérations est fondée la présomption *pater is est?*

Cette règle a un double fondement. Elle repose 1° sur la présomption de cohabitation entre les époux à l'époque de la conception de l'enfant; 2° sur la présomption que la mère a été *fidèle* à son mari. *L'infidélité* de la femme est un délit; or les délits ne se présument point : jusqu'à preuve contraire, la loi tient l'innocence pour constante.

La première de ces deux présomptions, *la cohabitation des époux à l'époque de la conception de l'enfant,* est essentielle : le mari, en la faisant tomber, c'est-à-dire en établissant qu'il n'a point cohabité avec sa femme à l'époque de la conception de l'enfant, prouve par là même qu'il n'en est pas le père (voy. le n° 871).

(1) Paul, L. 5, D., *De in jus vocando* (II, IV).

La seconde, la présomption de *fidélité,* est moins essentielle : le mari, en la faisant tomber, c'est-à-dire en prouvant l'*adultère* de sa femme, ne prouve point ***nécessairement*** par là même que l'enfant qu'elle a eu n'est point de lui. C'est qu'en effet il se peut que l'enfant soit conçu des œuvres du mari, nonobstant les dérèglements de la mère : *Cum possit et uxor adultera esse et impubes maritum patrem habuisse.* Dans le doute, la loi prononce en faveur de l'enfant (voy. le nº 875).

Ainsi, l'enfant conçu pendant le mariage est réputé avoir pour père le mari de sa mère.

Mais comment prouvera-t-il qu'il a été conçu pendant le mariage de sa mère ? Cette preuve serait facile si la durée de la grossesse était uniforme chez toutes les femmes; or, c'est précisément le contraire qui a lieu : l'accouchement est quelquefois précoce, quelquefois tardif. Il est donc impossible de déterminer avec précision le commencement de la grossesse, c'est-à-dire le jour, et encore bien moins l'heure, de la conception.

Comment l'enfant qui se dit légitime prouve-t-il qu'il conçu pendant le mariage de sa mère

862. — En présence de cette impossibilité, la loi a eu recours à deux présomptions, dont la science physiologique lui a fourni les éléments.

N'est-ce pas encore au moyen de deux presomptions?

Première présomption. — Les grossesses *les plus courtes* sont *de* 180 *jours.*

Deuxième présomption. — Les grossesses *les plus longues* sont *de* 300 *jours* (1).

Cela posé, du fait connu, l'accouchement, la loi tire cette conséquence négative que la conception n'a pu avoir lieu :

Ni le 301me jour avant l'accouchement : car, pour que cela fût possible, il faudrait que la grossesse pût durer *plus de* 300 *jours,* et c'est ce qu'on n'admet point;

Ni le 179me jour avant la même époque : car, pour que cela fût possible, il faudrait que la grossesse pût durer *moins de* 180 *jours,* et c'est encore ce qui n'est point admis.

D'où cette conséquence affirmative : la conception de l'enfant se place nécessairement dans le temps qui sépare les deux termes extrêmes, c'est-à-dire entre le 300me et le 180me jour avant l'accouchement. Les 120 jours dont se compose ce temps intermédiaire constituent l'*époque légale de la conception,* époque à tous les instants de laquelle elle est possible, et, par suite, à tous les instants de laquelle il est permis de la placer dans l'intérêt de l'enfant.

863. — Voici, en résumé, lorsqu'on veut reconnaître le temps

Quel procédé faut-il

(1) Le Code ayant été fait sous l'empire du calendrier républicain, dont chaque mois était également composé de 30 jours (voy. le nº 40, note), les 180 jours qui forment le *minimum* légal de la grossesse, et les 300 jours qui en sont le *maximum,* correspondaient alors à *six* et à *dix mois.* Cette corrélation ne serait plus exacte aujourd'hui : car, sous le calendrier grégorien, qui maintenant nous régit, les différents mois se composent d'un nombre *inégal* de jours.

suivre lorsqu'on veut connaître le temps dans lequel se place nécessairement la conception ?

dans lequel se place nécessairement la conception, le procédé à suivre :

On compte 300 jours en arrière, c'est-à-dire dans le passé, à partir du jour de l'accouchement; arrivé au 300e jour, on compte, en redescendant, 120 jours, qui donnent l'intervalle pendant lequel la conception a été possible pour l'enfant.

Quel est au juste le *minimum* de la grossesse la plus courte ? Le *maximum* de la grossesse la plus longue ?

863 *bis*. — Le *minimum* de la grossesse, ai-je dit, est de 180 jours; son *maximum* est de 300 *jours*. Mais notons :

1° Que, suivant l'opinion générale, le calcul de ces délais se fait, non point par heures, *de momento ad momentum* (ce mode de calculer eût donné lieu à mille embarras), mais par jours, *de die ad diem*, c'est-à-dire par durées de vingt-quatre heures, de minuit à minuit (art. 2260, arg. d'anal.) (1);

2° Que la grossesse la plus courte doit durer 179 jours *pleins;*

Et 3° que la grossesse la plus longue ne peut durer que 299 jours *pleins*.

Les deux fractions du jour de l'accouchement et du jour de la conception comptent pour le 180me et pour le 300me jour (2).

— Faisons maintenant l'application de nos présomptions aux cas prévus par la loi.

Art. 312, 314 et 315. Un enfant est *né*

864. — Premier cas. — *Un enfant est né pendant le mariage*, le 180me jour (ou plus tard), *à compter du jour du mariage*, c'est-à-

(1) En ce sens, voy. notamment un arrêt de cassation, du 8 février 1869 (Sir., 69, 1,215). — *Contra*, M. Val., *Explic. somm.*, p. 167; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 381 et suiv. « Est-il vrai, comme l'affirme la Cour de cassation, dit M. Valette, que les art. 312 à 315 entendent parler de jours civils, en prenant le mot *jour* au sens de la langue vulgaire, où il exprime l'intervalle compris *entre deux minuits ?* C'est ce que nous avons cru autrefois et ce qui nous semble maintenant inadmissible. Il faut considérer que le législateur règlemente ici, non pas une *prescription* proprement dite, établie comme moyen d'acquérir ou de se libérer (ce qui comporte un certain arbitraire), mais la constatation, aussi exacte que possible, d'un fait naturel... Dès qu'on est entré dans cet ordre d'idées, comment aller imaginer de compter les jours selon l'usage adopté pour les facilités de la vie commune, c'est-à-dire *de minuit à minuit*, sans s'inquiéter des fractions ? Le bon sens lui-même ne répugne-t-il pas à cette manière d'opérer ? Nous le répétons, il faut ici laisser de côté les règles qui ont trait à la prescription. Là, en effet, il s'agit uniquement de donner au propriétaire ou au créancier un nombre d'années (ou de mois) suffisant pour l'exercice de son droit : en calculant cette durée d'après l'usage habituel, on suit une marche très pratique, qui n'a aucun inconvénient sérieux et ne choque point la raison. Notre matière a bien plus d'analogie avec celle de la détermination de l'époque de la majorité (C. civ., art. 388 et 488); or, notre mode de calcul (*de momento ad momentum*) est, pour le règlement de la majorité, à peu près universellement admis par les auteurs. D'ailleurs, ce qui a bien son mérite, le même procédé nous sauve des inextricables embarras que présentent, avec l'autre méthode, les détails de notre chapitre. » — Cette doctrine de M. Valette a été adoptée par M. Laurent, t. III, nos 390 et 391.

(2) Voy., sur ce point, Dem., t. II, n° 38 *bis*, I; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 312; Demol., *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 19; Aubry et Rau, t. VI, § 545, notes 6 et 7. — Dans les *motifs* de l'arrêt de cassation, déjà cité, du 8 févr. 1869, il est dit que « le délai légal ne se constitue que par 180 ou 300 jours civils *entièrement et pleinement révolus* ». Voy. aussi M. Val., *Cours de C. civ.*, *loc. cit.*

dire *de l'expiration du jour de la célébration.* — Sa conception se place nécessairement dans le mariage : la règle *pater is est*... lui est pleinement applicable.

pendant le mariage comment saura-t-on si sa conception est antérieure ou postérieure à la célébration du mariage?

865. — Second cas. — *Un enfant est né pendant le mariage, mais avant le 180me jour qui suit la célébration.* — Cet enfant est réputé conçu antérieurement au mariage. Cependant, par une faveur spéciale, parce qu'il est né dans le mariage, la loi lui permet, comme à l'enfant *conçu* pendant le mariage, de se placer sous la protection de la présomption *pater is est*...

866. — Troisième cas. — *Un enfant est né depuis la dissolution du mariage.* — S'il est né, au plus tard, le 300e jour à dater de l'expiration du jour de la dissolution du mariage, il est réputé conçu dans le mariage ; s'il est né après ce 300me jour, par exemple, le 301me, il est réputé conçu après la dissolution, et, par conséquent, en dehors du mariage.

Un enfant est né depuis la dissolution du mariage : comment saura-t-on si sa conception est antérieure ou postérieure à la dissolution du mariage ?

— Ainsi, trois classes d'enfants :

1° Les enfants *conçus pendant*, le mariage : ils naissent sous la protection de la règle *pater is est*...

Quelle est la condition des enfants *conçus pendant le mariage?*

2° Les enfants *nés pendant*, mais *conçus avant* le mariage : de même que les premiers, ils naissent protégés par la règle *pater is est*...

Des enfants *nés pendant*, mais *conçus avant le mariage?*

Nous aurons toutefois deux différences importantes à signaler entre ces deux classes d'enfants (voy. le n° 889).

3° Les enfants conçus *depuis* la dissolution du mariage. Il semble qu'ils soient forcément et *de plein droit* illégitimes ; nous verrons cependant qu'ils sont *de fait* en possession des avantages de la légitimité tant qu'elle n'a pas été judiciairement contestée (voy. le n° 899).

Des enfants *conçus depuis la dissolution du mariage?*

§ II. *De l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité.*

867. — I. Ce que c'est que l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité. — Toute action par laquelle on conteste à une personne l'état qu'elle a ou qu'elle prétend avoir est une action *en contestation d'état.*

Qu'est-ce qu'une action *en contestation d'état?*

Action en contestation d'état, cette expression comprend : l'action *en désaveu,* l'action *en contestation de légitimité,* et enfin l'action *en contestation d'état proprement dite.*

Comment se divisent les actions en contestation d'état?

1° L'action *en désaveu* suppose établis, ou non contestés, trois faits : l'accouchement d'une femme, l'identité de l'enfant, et enfin le mariage de l'homme et de la femme dont il se dit issu. Elle n'est relative qu'aux enfants qui, étant nés ou conçus pendant le mariage, se trouvent alors sous la protection de la maxime *pater is est*... Son objet est de faire tomber cette présomption. On peut donc la définir l'*action* par laquelle on soutient que la présomp-

Qu'est-ce que l'action *en désaveu ?*

tion *pater is est...*, invoquée par un enfant né ou conçu pendant le mariage, est, quant à lui, contraire à la vérité.

L'action *en contestation de légitimité?*

2° L'action *en contestation de légitimité* suppose établis ou non contestés deux faits : l'accouchement d'une femme et l'identité de l'enfant. A la différence de l'action *en désaveu,* qui tend à faire tomber la présomption *pater is est...,* l'action en contestation de légitimité n'a trait qu'aux enfants qui ne peuvent point se placer sous la protection de cette maxime. On la définit : l'*action par laquelle le demandeur soutient que l'enfant n'est pas légitime,* PARCE QUE SA NAISSANCE ET SA CONCEPTION N'ONT PAS EU LIEU PENDANT LE MARIAGE DE SA MÈRE (voy. le n° 890), OU PARCE QUE SA MÈRE N'EST PAS MARIÉE.

L'action *en contestation d'état proprement dite?*

3° L'action *en contestation d'état proprement dite* est celle par laquelle on conteste, soit l'accouchement de la mère prétendue, soit l'identité de l'enfant. — Il en est traité dans le chapitre II.

868. — Notre chapitre 1er ne traite que de l'action *en désaveu* et de l'action *en contestation de légitimité.*

Plusieurs différences existent entre ces deux actions :

Quelles différences a-t-il entre l'action *en désaveu* et l'action *en contestation de légitimité?*

1° L'action *en désaveu* n'appartient qu'à *certaines personnes* limitativement déterminées, c'est-à-dire au mari et à ses héritiers. Elle n'appartient ni à l'enfant, ni à la mère, ni à ses héritiers (art. 317). — L'action *en contestation de légitimité,* au contraire, compète à toutes personnes intéressées, et, par conséquent, aux héritiers de la mère et à l'enfant lui-même (voy. le n° 893).

2° L'action *en désaveu* est *renfermée dans un délai fatal* et fort court, passé lequel elle est éteinte par prescription. — L'action *en contestation de légitimité,* au contraire, *dure toujours;* elle est imprescriptible (voy. le n° 898).

3° L'action *en désaveu* s'éteint par la renonciation expresse ou tacite qu'en font le mari ou ses héritiers. — L'action *en contestation de légitimité* subsiste, nonobstant toute renonciation qui y serait faite (voy. les n°s 930 et suiv.).

Dans quels cas le désaveu est-il recevable?
Quelles distinctions faut-il faire pour répondre à cette question?
Dans quels cas peut être désavoué l'enfant *conçu et né* pendant le mariage?

869. — II. DES CAS DANS LESQUELS LE DÉSAVEU EST RECEVABLE. — Il faut, pour étudier ce point avec méthode, distinguer trois hypothèses ou trois classes d'enfants.

870. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *De l'enfant* CONÇU *et* NÉ *pendant le mariage.* — Cet enfant peut être désavoué dans trois cas. Il peut l'être, 1° pour cause d'impossibilité *physique* de cohabitation entre les époux pendant le temps légal de la conception ; 2° pour cause d'impossibilité *morale* de cohabitation, lorsqu'il y a eu adultère de la femme et recel de l'enfant; 3° pour cause de séparation de corps.

Art. 312. 2e alinéa.

Quelle est, à l'égard cet enfant, la première cause de désaveu?

871. — PREMIÈRE CAUSE DE DÉSAVEU. *Impossibilité physique de cohabitation entre les époux dans le temps légal de la conception* (voy. la *Form.* 108). — La probabilité de la cohabitation des époux à l'époque de la conception de l'enfant étant le fondement essentiel de la présomption *pater is est...* (voy. le n° 861), le mari fait néces-

sairement tomber la présomption de sa paternité dès qu'il prouve qu'il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant l'espace entier des 120 jours dans lesquels se place le fait de la conception (voy. les nos 862 et 863).

L'impossibilité physique de cohabitation ne peut légalement résulter que de l'une de ces deux circonstances, *l'éloignement* ou *l'impuissance accidentelle*.

Quelles sont les causes qui peuvent constituer l'impossibilité physique de cohabitation?

872. — 1° *Eloignement.* — Il faut qu'il ait été tel que toute réunion, même momentanée, entre les époux, pendant le temps légal de la conception ait été matériellement impossible. Mais quand a-t-il ce caractère? Faut-il, pour établir que les époux n'ont pas pu se réunir pendant le temps légal de la conception, prouver qu'ils étaient à cette époque séparés par l'*espace immense des mers?* S'il en était ainsi, cette cause de désaveu serait extrêmement rare, pour ne pas dire impossible! Car, avec la rapidité actuelle de nos moyens de locomotion, deux personnes placées chacune aux deux extrémités du monde, peuvent, en 120 jours, aisément se réunir, en faisant, chacune de son côté, la moitié du chemin.

Quand y a-t-il *éloignement* suffisant pour constituer une impossibilité physique de cohabitation?

La question de savoir s'il y a eu ou non un *éloignement* suffisamment caractérisé n'est donc point une pure question *de distance*. L'éloignement est, en notre matière, toute *séparation* de nature à rendre impossible la réunion des époux. La loi a précisément évité de le définir, afin de laisser aux juges le pouvoir d'en apprécier souverainement les caractères.

L'impossibilité de cohabitation pourrait donc résulter de la circonstance que les époux ont été renfermés, chacun de son côté, dans deux prisons différentes, où leur présence, pendant tout le temps légal de la conception, a été régulièrement constatée.

873. — 2° *Impuissance accidentelle.* — L'impuissance *naturelle*, c'est-à-dire celle qui résulte de la faiblesse des organes, n'est jamais admise comme cause de désaveu (art. 313, *initio*). La loi a pensé, avec raison, que la justification d'une impossibilité de cette espèce serait tout à la fois et trop *incertaine* et trop *scandaleuse*.

L'*impuissance* constitue-t-elle une cause légale d'impossibilité physique de cohabitation?

L'impuissance *accidentelle* ne présentant pas les mêmes inconvénients, la loi en a fait une cause de désaveu. Mais d'où peut-elle résulter? D'une blessure, d'une mutilation, d'une opération chirurgicale, ou de tout autre *accident*. Sur ce point, tout le monde est d'accord.

874. — On discute, au contraire, sur la question de savoir si elle peut légalement résulter d'une maladie interne assez grave pour faire présumer que toute cohabitation a été impossible.

L'impossibilité physique de cohabitation peut-elle légalement résulter d'une maladie interne assez grave pour faire présumer que toute cohabitation a été impossible

Pour la négative, on dit :

1° Une maladie n'est point, selon le langage habituel, un *accident;* or, la loi ne parle que de l'impuissance née d'un *accident*.

2° Il résulte des discussions qui ont eu lieu au Conseil d'État, que le mot *accident* a été employé à dessein, pour faire comprendre que la loi a entendu parler d'*une impuissance matérielle,* et non de celle qui peut être la suite d'une maladie.

3° L'impossibilité de cohabitation doit être évidente, certaine, absolue; or, une simple maladie n'a point ces caractères de certitude, elle ne fournit que des probabilités (1).

Pour l'affirmative, on répond :

1° Que, si la loi a évité de spécifier les accidents qui peuvent produire l'impuissance, c'est évidemment qu'elle a entendu s'en rapporter à cet égard à la sagesse des tribunaux;

2° Que M. Duveyrier, dans son discours au Corps législatif, a positivement dit que l'impuissance peut résulter soit d'une mutilation, soit d'une maladie *grave et longue;*

3° Qu'il y aurait scandale et injustice, tout à la fois, à refuser l'action en désaveu, alors qu'il est constant et avéré pour tout le monde que, pendant le temps légal de la conception, le mari de la mère est resté gisant sur son lit de douleur et presque mourant (2).

Art. 313.

L'adultère de la femme est-il une cause de désaveu?

Quid, du recel de l'enfant par sa mère?

875. — SECONDE CAUSE DE DÉSAVEU. *Adultère de la femme et recel de l'enfant, joints à l'impossibilité morale de cohabitation* (voy. la *Form.* 109). — L'adultère de la femme ne suffit point pour faire preuve de la non-paternité du mari : car il se peut que le mari soit le père, quoique la femme ait été infidèle (voy. le n° 861).

Le *recel* de l'enfant n'est point lui-même suffisant. Il ébranle

(1) MM. Dur., t. III, n° 42 ; Aubry et Rau, t. VI, § 545, note 48 ; Laurent, t. III, n° 368.

(2) Toull., t. II, n° 810 ; Proud., t. II, p. 28 ; Dem., t. II, n° 39 *bis;* MM. Demol., n° 32 ; Val., *Explic. somm.*, p. 170.

— Suivant l'opinion générale (voy. notamment M. Laurent, t. III, n° 369), l'impuissance *accidentelle* et l'impuissance naturelle résultant *d'un vice patent et extérieur de conformation* ne sont elles-mêmes une cause de désaveu qu'autant qu'elle sont *postérieures au mariage.* Et, en effet, dit-on : Si l'impuissance *naturelle* n'a pas été admise comme cause de désaveu, c'est qu'elle est *antérieure* au mariage. « Comment concevoir, disait le tribun Duveyrier, le cynisme impudent d'un homme qui viendrait révéler sa turpitude et son infamie pour déshonorer sa compagne et sa victime ? » Or, cette raison ne comporte point de distinction entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle.

Ce système peut être combattu par les raisons suivantes :

1° La femme qui a été si odieusement trompée aurait pu, du moins suivant l'opinion générale, demander la nullité de son mariage (voy. le n° 676) ; en le laissant subsister, elle en a accepté tous les devoirs. La faute de son mari envers elle n'a pas pu lui conférer le privilège étrange d'avoir des enfants *légitimes dans l'adultère :* la loi n'admet, en aucun cas, la réciprocité dans le délit. Comment admettre d'ailleurs qu'elle ait pu *infliger la paternité comme une punition* ?

2° L'art. 312 ne distingue pas entre l'impuissance *antérieure* et l'impuissance *postérieure* au mariage ; la règle qu'il établit est absolue.

3° Si l'impuissance *naturelle* ne peut point servir de fondement à une demande en désaveu, ce n'est pas, ainsi que l'a dit M. Duveyrier, parce qu'elle est antérieure au mariage ; le véritable motif de cette disposition a été donné par M. Bigot-Préameneu, qui l'a tiré de la difficulté de reconnaître avec certitude l'impuissance naturelle et des scandales attachés à sa vérification. Or, dans les deux cas dont s'agit, l'impuissance est patente !

Voy. M. Hérold, *Thèse de doctorat*, p. 60. — MM. Val. (*Explic. somm.*, p. 421 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 386) et Demol. (n° 35) se sont, après l'avoir combattue, ralliés à cette opinion.

fortement, il est vrai, le fondement de la présomption *pater is est...*: car la femme qui cache sa grossesse et son accouchement à son mari reconnaît implicitement, et d'une manière très significative, qu'elle n'a pas eu de rapports avec lui. Mais, comme, en définitive, il se peut que la femme, alors même qu'elle a cohabité avec son mari, lui cache sa grossesse, soit parce qu'elle redoute sa jalousie soupçonneuse, soit pour tout autre motif, la loi, dans le doute, a décidé en faveur de l'enfant.

Que si l'adultère et le recel existent cumulativement, la présomption *pater is est...* est plus fortement encore ébranlée. Néanmoins elle subsiste : ces deux faits réunis ne suffisent point pour la faire tomber. Mais qu'à ces deux faits vienne se joindre l'*impossibilité morale de cohabitation!* ce concours de probabilités ou de présomptions s'élève à la hauteur d'une preuve : l'enfant contre lequel il existe doit être déclaré illégitime.

Que faut-il donc de plus pour qu'il y ait lieu au désaveu ?

Ainsi, lorsque le mari forme une demande en désaveu sans l'appuyer sur l'adultère de sa femme et le recel de l'enfant, il ne peut réussir que sous la condition de justifier d'une *impossibilité physique de cohabitation* pendant le temps légal de la conception de l'enfant.

Quelle différence y a-t-il entre la seconde et la première cause de désaveu ?

Dans notre espèce, au contraire, c'est-à-dire lorsque le désaveu est fondé sur l'adultère de la mère et le recel de l'enfant, le mari n'a pas besoin, pour justifier son désaveu et le faire admettre, de faire la preuve d'une impossibilité résultant de son *éloignement* ou d'une impuissance *accidentelle*. Il lui suffit de prouver que, bien qu'*en fait* la cohabitation ait été possible, il est *moralement* impossible qu'elle ait eu lieu. — Cette impossibilité morale peut résulter de la mésintelligence qui existait entre les époux, du grand âge du mari, de son état valétudinaire, et de mille autres circonstances laissées à l'appréciation des juges.

Qu'est-ce que *l'impossibilité morale de cohabitation ?*

876. — Nous venons de voir que l'action en désaveu ne peut, dans notre espèce, réussir qu'autant que ces trois conditions concourent : 1° adultère de la femme ; 2° recel de l'enfant ; 3° impossibilité morale de cohabitation pendant le temps légal de la conception.

Quels faits doiven être prouvés dans notre espèce pour que le désaveu réussisse ?
Dans quel ordre doivent-ils être prouvés?

On convient généralement, d'une part, que ces faits peuvent être établis dans *une seule et même instance;* d'autre part, qu'il peut être statué par *un seul et même jugement* sur l'adultère, le recel et l'impossibilité morale de la cohabitation (1). Mais comment et dans quel ordre ces divers points devront-ils être prouvés ?

877. — PREMIER SYSTÈME. — La preuve *spéciale* et *préalable* de l'adultère n'est pas exigée. Elle serait sans objet : car la preuve que le mari est obligé de faire de *sa non-paternité* emporte implicitement, mais nécessairement, la preuve de l'*adultère* de sa femme. — Ainsi, le mari n'a, en réalité, que deux faits à prouver :

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 32 ; Marc., sur l'art. 313, n° 3 ; Demol., n°s 42 et 43 ; Aubry c Rau, t. VI, § 545, notes 57 et 58.

le recel et l'impossibilité morale de cohabitation. L'adultère est la conséquence de la preuve acquise de ces deux faits.

Le succès du désaveu est, en effet, subordonné au concours de ces trois conditions : *adultère de la femme, recel de l'enfant, impossibilité morale de cohabitation*. Chacun de ces faits, étant la condition *sine quâ non* du désaveu, doit évidemment être prouvé. Mais dans quel ordre doivent-ils l'être? L'article n'en trace aucun; il pose le principe sans en régler la procédure. Peu importe donc l'ordre des preuves!

Ainsi, l'adultère doit être prouvé, *avant* ou *après* le recel et l'impossibilité morale de cohabitation. Mais *comment* doit-il l'être? Toute la question est là. Est-il nécessaire que le mari le prouve *directement* EN ÉTABLISSANT LES LIAISONS *que sa femme a* ENTRETENUES AVEC UN AUTRE HOMME? La loi ne l'exige pas. L'adultère, pouvant être prouvé par témoins, peut l'être par de simples présomptions, c'est-à-dire par des inductions tirées de circonstances propres à porter la conviction dans l'esprit des juges (art. 1353). En d'autres termes, le mari le prouve comme il peut, soit par des preuves directes, soit par des preuves indirectes (1). Or, parmi les preuves *indirectes* qu'il peut fournir, il faut évidemment placer, et au premier rang, les *faits propres à justifier sa non-paternité;* autrement, la preuve de l'adultère serait, dans la plupart des cas, impossible!

Si la femme a été adultère, cela ne prouve point, sans doute, la non-paternité du mari; mais il est évident que les faits propres à établir que le mari n'est pas le père sont, *à fortiori,* suffisants pour prouver l'*adultère* de la femme. Dès lors, dans quel but et dans quel intérêt la loi aurait-elle exigé que l'adultère fût prouvé principalement et séparément? Il n'y aurait là que des retards et des frais inutiles (2)!

878. — DEUXIÈME SYSTÈME. — Aux termes bien formels de l'article 313, l'adultère de la femme n'est point une cause de désaveu, *à moins que* la naissance n'ait été cachée au mari... Qu'est-ce à dire, si ce n'est que l'adultère devient une cause de désaveu quand il y a eu recel de l'enfant?

Ainsi, l'adultère est *la cause, le principe* et *la condition du désaveu*. Donc il doit être prouvé! et il faut qu'il soit établi directement, principalement, par la *preuve de faits qui s'y rattachent, c'est-à-dire par la preuve des liaisons que la femme a entretenues avec un étranger*. Dire, comme on le fait, que la preuve de l'adultère résultera de la preuve de la non-paternité, c'est substituer

(1) Ce n'est qu'à l'égard du complice de la femme que la loi exige certaines preuves spéciales (voy. l'art. 338, C. pén.).

(2) Dem., t. II, n° 39 *bis*, IV ; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 313 ; Demol., n° 46 ; Val., *Explic. somm.*, p. 170. — La jurisprudence est en ce sens. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation, du 31 juillet 1866 (Sir., 66, 1, 417).

une preuve *indirecte* à la preuve *directe* qu'exige la loi ; c'est mettre l'effet avant la cause. Au lieu de conclure, comme le veut la loi, de l'adultère prouvé au désaveu, on arrive par le désaveu à la preuve de l'adultère. L'adultère, *cause* du désaveu, n'en est plus que la *conséquence*.

Il ne suffit même pas que l'adultère soit prouvé principalement, directement. Il faut de plus qu'il soit établi *préalablement aux autres faits :* car ce n'est que sous la condition de cette preuve préalable que le mari est admis à faire valoir ses autres moyens, c'est-à-dire à prouver le recel et l'impossibilité morale de cohabitation (1).

La séparation de corps est-elle une cause de désaveu ?

879. — Troisième cause de désaveu. *Séparation de corps* (voy. la *Form.* 110). — Sous l'empire du Code civil, la séparation de corps judiciairement prononcée entre les époux laissait subsister intact le principe que *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.*

Il y avait là tout à la fois une inconséquence et une injustice.

Une *inconséquence*... : car la règle *pater is est*... a pour fondement la cohabitation des époux, leur affection mutuelle, et surtout la surveillance maritale qui ne permet point à la femme de s'éloigner de son époux ; or, cette base de la présomption manque absolument après la séparation de corps.

Une *injustice*... : car, *en évitant de tenir secrète sa grossesse*, la femme séparée de corps pouvait publiquement vivre dans l'adultère, sans que son mari eût aucun moyen d'écarter la fausse paternité que lui attribuait sa qualité de mari !

Quelle preuve doit faire le mari qui fonde son désaveu sur la séparation de corps?

La loi du 6 décembre 1850 a fait cesser ce scandale. Elle forme aujourd'hui le second alinéa de notre article 313. En voici le texte : « En cas de séparation de corps *prononcée* ou même *demandée*, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né 300 jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 878 du Code de procédure, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. — L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Ainsi, le mari *séparé de corps* prouve sa non-paternité, par cela seul qu'il établit que l'enfant est né 300 jours après que sa femme a été autorisée par le président du tribunal à quitter la maison conjugale, et moins de 180 jours depuis le rétablissement de la vie commune. Il n'a pas besoin de prouver qu'il n'y a eu entre sa femme et lui aucun rapprochement. La non-réunion des époux est le fait présumé : c'est donc aux adversaires du mari qui prétendent que la réunion a eu lieu à en rapporter la preuve (2).

(1) Dur., t. III, n° 52 ; Marc., sur l'art. 313 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 545, note 56. — Parmi les partisans de ce système, quelques-uns pensent qu'il n'est pas nécessaire que l'adultère soit prouvé *préalablement* aux autres faits ; il suffit qu'il le soit *principalement* et *directement*.

(2) MM. Val., *Explic. somm.*, p. 171 et suiv. ; Aubry et Rau, § 545, note 62 ;

Art. 314.

Quelle est la condition de l'enfant *né pendant* le mariage, mais *conçu avant ?*

Peut-il invoquer la présomption *pater is est...?*

880. — SECONDE HYPOTHÈSE. — *De l'enfant* NÉ *pendant, mais* CONÇU *avant le mariage.*

— *Quelle est la condition de cet enfant?* Nous le déclarerions enfant *naturel,* si nous n'avions que l'article 312 : car c'est uniquement aux enfants *conçus* dans le mariage que cet article confère le bénéfice de la présomption *pater is est...* et, par suite, le bienfait de la légitimité. Mais l'article 314 étend la même faveur aux enfants qui, *quoique* CONÇUS *avant,* NAISSENT *pendant le mariage.* Il résulte, en effet, de ses termes, que c'est par l'action *en désaveu* que le mari doit agir contre l'enfant qui est venu au monde à une époque trop rapprochée de la célébration pour n'avoir pas été *conçu* avant le mariage ; or, l'action *en désaveu,* c'est l'action en dénégation de la paternité *légitime :* elle ne s'intente que contre les enfants qui, placés sous la protection de la règle *pater is est...,* sont en possession de la légitimité (voy. le n° 867).

Ainsi, l'enfant *né pendant* le mariage, quoique *conçu avant,* naît sous la protection de la règle *pater is est...*

Naît-il *légitime* ou *légitimé?*

Mais naît-il avec le bénéfice de la *légitimité* proprement dite ? N'est-ce pas plutôt le bienfait de la *légitimation* que la loi lui confère de plein droit, à raison de cette circonstance favorable qu'il est *né dans le mariage?* En d'autres termes, naît-il *légitime* ou *légitimé?* Il y a sur ce point deux systèmes.

881. — PREMIER SYSTÈME. — La *légitimité,* proprement dite, ne résulte que de la *conception pendant le mariage* (art. 312) ; l'enfant dont il s'agit a été *conçu en dehors du mariage*: donc il n'est point *légitime!* En fait, il a été *naturel* depuis sa conception jusqu'au jour de la célébration du mariage de ses père et mère : ce n'est qu'à partir de ce moment, et par le fait du mariage, qu'il a été élevé au rang et à la dignité des enfants légitimes ; or, ce sont là tous les caractères de la *légitimation* (art. 331).

Une différence existe pourtant entre la légitimation des enfants qui ne sont encore que *conçus,* et la légitimation des enfants *déjà nés;* mais cette différence a trait seulement à la *forme* de la *légitimation.*

Les enfants *éjà nés* ne sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère qu'autant qu'ils ont été reconnus par eux, expressément, et par acte authentique (art. 331). Les enfants *conçus,* au contraire, sont légitimés de plein droit, par le seul fait du mariage. Il n'est pas nécessaire qu'ils aient été préalablement et *expressément reconnus;* il suffit que le mari de leur mère ne les désavoue pas. Le silence qu'il garde est une reconnaissance *tacite* qui tient lieu de la reconnaissance *expresse.*

1 on admet que notre article règle un cas, non pas de légitimité, mais de *légitima-*

882. — Sauf cette différence de détail, les deux légitimations sont régies par les mêmes régles. Concluons-en :

1° Que la légitimité des enfants légitimés alors qu'ils étaient

Demol., n° 55 *bis* ; Quenault, *Rev. crit.*, t. XI, p. 308 ; Hérold, *Rev. prat.*, t. VII, p. 308. — *Contrà*, Marc., sur l'art. 313.

dans le sein de leur mère, de même que la légitimité des enfants légitimés depuis leur naissance ne date que du jour du *mariage* de leurs père et mère, et qu'ainsi ils n'ont aucun droit sur la succession de leurs parents décédés avant cette époque (art. 333); *tion*, quelle conséquence faudra-t-il en tirer?

2° Que les enfants simplement conçus, de même que les enfants déjà nés, d'un commerce *incestueux* ou *adultérin*, ne peuvent pas être légitimés (art. 331). Ainsi, l'enfant conçu du commerce de deux personnes qui ne pouvaient pas se marier ensemble parce qu'il existait alors entre elles un lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé, n'est point légitimé par le mariage que ses père et mère, après avoir obtenu des dispenses à cet effet, ont contracté avant sa naissance (voy., ci-dessous, n° 939).

De même, lorsqu'un homme veuf depuis peu de temps, depuis un mois, par exemple, se remarie et que sa femme accouche dans le courant du troisième ou du quatrième mois de son mariage, cet enfant n'est point *légitimé*: car, si on le réputait conçu des œuvres du mari de sa mère, il serait *adultérin*, puisqu'à l'époque de sa conception le mari actuel de sa mère était l'époux d'une autre femme.

Dans l'un et l'autre cas, l'enfant, quoique né dans le mariage, doit être considéré comme un simple enfant naturel dont le père est inconnu (1).

883. — Deuxième système. — L'enfant *né* dans le mariage, quoique *conçu* avant la célébration, naît *légitime*. Cela résulte:

1° De la rubrique de notre chapitre, où les enfants *nés dans le mariage* sont dits *légitimes*, sans distinguer s'ils ont été conçus *pendant* ou *avant* le mariage;

2° De la place qu'occupe notre article 314. Il fait, en effet, partie du chapitre où la loi traite de la *légitimité* proprement dite; il n'y est question sous aucun rapport de la *légitimation*, à laquelle la loi affecte un chapitre spécial;

3° Des travaux préparatoires du Code. « Le caractère de la *légitimité*, disait M. Portalis au Conseil d'État, est propre à l'enfant qui *naît* pendant le mariage, soit que cet enfant ait été *conçu avant* ou *après*. » « C'est, ajoutait M. Regnauld, la *naissance* de l'enfant et *non sa conception* qui fait son titre: l'enfant *conçu avant* le mariage et *né après* est *légitime*, si le père ne réclame pas. »

La loi, en décidant ainsi, a voulu jeter un voile sur le temps qui a précédé le mariage: elle a craint les inquisitions dans le passé. Cet enfant, s'est-elle dit, a pour père et mère des époux légitimes: pourquoi lui refuser le bénéfice de la légitimité?

884. — Dans ce système, comme dans le premier, la légitimité de l'enfant *né* pendant, mais *conçu* avant le mariage, ne date que

(1) Dem., t. II, n° 37 *bis*, II; Marc., sur l'art. 314; M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 22. — Voy. aussi, en ce sens, deux arrêts de la Cour de cassation, rendus, le 28 juin 1869, au rapport de M. Larombière (Sir., 69, 1, 446).

de la célébration : l'effet n'a pas pu précéder la cause. Sur ce point, les deux systèmes se rencontrent.

Quid. dans le système contraire?

Mais voici où ils se séparent:

Dans le premier système, la règle que les enfants *adultérins* ou *incestueux,* et *déjà nés,* ne peuvent pas être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, s'applique également aux enfants qui, conçus d'un commerce adultérin ou incestueux, naissent pendant le mariage de leurs père et mère. En conséquence, les enfants placés dans cette position ne sont ni légitimes ni légitimés: on les assimile aux enfants naturels qui n'ont point de père connu.

Dans le second, au contraire, ils naissent *légitimes.* Et la raison en est bien simple! l'enfant qui n'est que *conçu* n'a point d'existence propre; il ne compte point encore pour une personne aux yeux de la loi, qui, par conséquent, n'a pas à s'en occuper. Ce n'est que *par sa naissance* qu'il prend rang dans la vie civile; or, dans notre espèce, la naissance, se plaçant dans le mariage, doit naturellement et nécessairement participer de son caractère. Comment, en effet, une cause légitime produirait-elle un effet illégitime? Dans certains cas, il est vrai, l'enfant simplement conçu est réputé *déjà né;* mais, quand la loi s'attache ainsi à sa conception, c'est toujours pour l'investir d'un droit ou d'un titre utile (art. 725 et 906). La fiction *infans conceptus pro nato habetur* est toute dans son intérêt: on ne peut donc pas la tourner contre lui! Dès qu'elle pourrait lui nuire, on rentre dans la réalité, et la réalité c'est la *naissance* (1).

Dans quels cas l'enfant *né* pendant le mariage, mais *conçu* avant, peut-il être désavoué?

885. — *Dans quels cas l'enfant* NÉ *pendant, mais* CONÇU *avant le mariage, peut être désavoué* (voy. la *Form.* 111). — Les enfants *conçus pendant* le mariage ne peuvent être désavoués que *par exception,* c'est-à-dire dans certains cas limitativement déterminés par la loi. Ainsi, le mari qui les désavoue doit établir, dans l'espèce prévue par l'article 312, une impossibilité physique de cohabitation pendant le temps légal de la conception, ou, dans l'hypothèse réglée par l'article 313, l'adultère de la femme, le recel de l'enfant et une impossibilité morale de cohabitation.

Quant aux enfants *nés* pendant, mais *conçus* avant le mariage, le droit de les désavouer, au lieu de former l'*exception,* devient la *règle.* Le désaveu n'est renfermé dans aucune limite. Le mari qui

(1) M. Demol., nos 60 et suiv.; M. Laurent, t. III, no 385. — M. Val., qui professait autrefois le 1er système, s'est rallié à celui de M. Demol. (*Explic. somm.*, p. 156 et 159; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 378, 391 et 392). — Suivant MM. Aubry et Rau, t. VI, § 545, notes 9 et suiv., l'enfant conçu avant et né depuis la célébration du mariage n'est ni *légitime* ni *légitimé* : sa condition est toute spéciale. D'une part, si lors de la conception le mari était encore engagé dans les liens d'un précédent mariage, l'enfant n'aura pas le bénéfice de la légitimité ; mais, d'autre part, l'enfant né dans le mariage jouira de ce bénéfice, lors même qu'il serait le produit d'un commerce incestueux, si l'obstacle qui s'opposait au mariage a été ultérieurement levé par des dispenses.

le forme n'a, pour réussir, que deux dates à prouver, celle de son mariage et celle de la naissance de l'enfant: s'il s'est écoulé entre ces deux faits moins de 180 jours, l'enfant doit nécessairement être déclaré illégitime.

> Dans quels cas ne peut-il pas l'être?

886. — *Des exceptions à notre règle.* — Elles sont au nombre de trois. Le désaveu doit être écarté:

1° Lorsque les adversaires du mari prouvent qu'*il a eu connaissance de la grossesse de sa femme avant le mariage :* la loi, présumant alors qu'il s'est marié afin de réparer sa faute, en conclut qu'il a par là même reconnu sa paternité et, par suite, renoncé par anticipation à l'action en désaveu.

> Comment peut-on prouver que le mari a eu connaissance de la grossesse de sa femme avant le mariage ?

Ce fait peut être prouvé contre le mari par tous les moyens possibles, c'est-à-dire soit par titres, soit par témoins, soit même par de simples présomptions, et, par conséquent, par des inductions tirées des relations habituelles et intimes qu'il a eues avec sa femme avant le mariage;

> Le mari qui a signé l'acte de naissance est-il toujours par là même déchu de sa faculté de désavouer?

2° *Lorsqu'il a assisté à l'acte de naissance, et que cet acte est signé de lui, ou qu'il contient sa déclaration qu'il ne sait signer, ce qui équivaut à sa signature.* — La loi voit encore dans ce fait un aveu tacite de la paternité et, par suite, une renonciation à l'action en désaveu. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut, bien entendu, que l'acte ne contienne, d'une part, aucune protestation ou réserve faite par le mari, d'autre part, aucune énonciation contraire à sa paternité, telle que la mention que l'enfant est né d'un père inconnu.

> *Quid*, si le mari, qui n'a pas assisté à l'acte de naissance, a renoncé *expressément* ou *tacitement* à son action en désaveu ?

887. — On voit que, dans ces deux cas, l'action en désaveu est non recevable, parce que le mari *est réputé y avoir renoncé*. A plus forte raison devrait-il en être de même s'il y avait renoncé *expressément!* J'élargirais encore la règle, et je dirais : Toute renonciation, même tacite, pourvu qu'elle soit bien évidente, rend le désaveu non recevable. Le mari, en effet, est maître de renoncer à son action; cette renonciation n'est subordonnée à aucune condition de forme. Peu importe donc qu'elle soit expresse ou tacite ; peu importe aussi la nature du fait duquel on peut l'induire avec certitude. Les deux cas de renonciation tacite mentionnés spécialement dans notre article n'ont été cités qu'*exempli gratiâ,* et parce qu'étant les plus fréquents, ils ont spécialement attiré l'attention de la loi.

Ainsi, le mari qui, étant malade ou absent, n'a point assisté à l'acte de naissance de l'enfant, ne serait pas pour cela recevable à le désavouer, s'il était établi d'ailleurs qu'il l'a présenté comme sien à sa famille, à ses amis, ou qu'il l'a placé lui-même en nourrice et a pris part à la fête de son baptême.

> Qu'est-ce qu'un enfant qui n'est pas *viable?*
>
> Pourquoi la loi en défend-elle le désaveu

888. — 3° *Lorsque l'enfant n'est pas né* VIABLE, c'est-à-dire lorsque l'enfant, quoique né vivant, est d'une constitution si imparfaite qu'il est impossible qu'il vive. Cet enfant ne peut acquérir aucun droit : car, aux yeux de la loi, les enfants nés *non viables* ne comptent point, ils sont assimilés aux enfants *morts-nés*. Le

mari n'a donc aucun intérêt à le désavouer : sa poursuite n'aurait d'autre effet que de déshonorer, sans profit pour lui, la femme à laquelle il a donné son nom ; or, point d'intérêt, point d'action !

Quelles différences y a-t-il entre l'enfant *conçu* dans le mariage (art. 312) et l'enfant *né* pendant, mais conçu avant (art. 314) ?

889. — En résumé, deux différences existent entre les enfants conçus dans le mariage et les enfants nés pendant, mais conçus avant :

1° La légitimité des premiers date du jour de leur *conception* ; celle des seconds ne date que du jour du mariage de leurs père et mère (voy. le n° 884) ;

2° Quant aux premiers, le désaveu n'est admis, de la part du mari, que *par exception*, dans les cas limitativement déterminés et sous la condition de faire certaines justifications prescrites par la loi. — Quant aux seconds, au contraire, l'admissibilité du désaveu forme la *règle*, et son inadmissibilité forme l'*exception*. Le mari, pour le faire réussir, n'a aucune justification particulière à donner ; il suffit qu'il prouve, par la date du mariage comparée à celle de la naissance de l'enfant, que sa conception est antérieure au mariage (voy. le n° 885).

Art. 315.

L'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut-il invoquer la présomption *pater is est...* ?

Par quelle action peut-il être écarté ?

Quel intérêt y a-t-il à savoir qu'il peut l'être par l'action *en contestation de légitimité* ?

Pourquoi la loi ne le déclare-t-elle pas de plein droit enfant *naturel* ?

A quoi bon exiger que son illégitimité, qui est démontrée et évidente, soit constatée et proclamée judiciairement ?

890. — Troisième hypothèse. — *De l'enfant conçu* depuis *la dissolution du mariage, c'est-à-dire de l'enfant né* 300 *jours après le mariage dissous.* — Cet enfant, étant conçu et né en dehors du mariage, ne peut point invoquer la présomption *pater is est*... Il n'est donc point nécessaire, lorsqu'on veut l'écarter de la famille du mari de sa mère, de recourir à une *action en désaveu* ; on emploie contre lui l'action *en contestation de légitimité* (voy. la *Form.* 112). De là les diverses conséquences que nous avons signalées sous le n° 868.

Ainsi, la légitimité de l'enfant né le 301e, le 302e... jour depuis la dissolution du mariage, peut être contestée. Mais pourquoi la loi ne le déclare-t-elle pas *de plein droit enfant naturel?* Son illégitimité étant certaine et démontrée par la présomption même de la loi (la grossesse la plus longue ne peut pas durer plus de 300 jours), à quoi bon exiger que cette illégitimité démontrée et évidente soit constatée et proclamée judiciairement ?

La nécessité de cette constatation en justice a été expliquée et justifiée par M. Duveyrier, dans son discours au Corps législatif. « Pourquoi, dit-il, cet enfant n'est-il point *de plein droit* illégitime, et mis au nombre des enfants *naturels? Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire.* La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore ; et, si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. »

— Quelques personnes justifient par une autre explication la nécessité de cette constatation. L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'est pas illégitime *de plein droit*, sa légitimité *doit être contestée, parce que*, disent-elles, *la justice peut*

le déclarer légitime LORSQUE DES CIRCONSTANCES EXTRAORDINAIRES EXPLIQUENT LA TARDIVETÉ DE SA NAISSANCE (1).

La justice peut-elle le déclarer légitime, lorsque des circonstances extraordinaires expliquent la tardiveté de sa naissance?

891. — Cette deuxième explication suppose résolue une question qui est controversée. Lorsque la légitimité d'un enfant est contestée, sous prétexte qu'il est né plus de 300 jours depuis la dissolution du mariage, et que ce fait est prouvé par la date de la naissance rapprochée de celle de la dissolution du mariage, les juges *doivent-ils nécessairement* prononcer son illégitimité? ont-ils, au contraire, la faculté, le pouvoir discrétionnaire, de le proclamer légitime, *nonobstant la tardiveté de sa naissance?*

Chacun de ces systèmes a ses partisans. Je suivrai le premier.

L'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage ne peut pas être réputé conçu pendant sa durée, puisque, selon la présomption de la loi, le maximum de la grossesse la plus longue ne dépasse jamais 300 jours (art. 312) : donc il ne peut pas être déclaré légitime. Autrement, où s'arrêter? Quel serait le terme fatal après lequel la conception devrait nécessairement être réputée postérieure à la dissolution du mariage? Il n'y en aurait aucun! Un enfant né deux ou trois ans après la dissolution du mariage pourrait être déclaré conçu pendant sa durée! La loi, on le conçoit, n'a pu décréter l'absurde. Il y a donc une limite! or, quelle peut-elle être, si ce n'est le maximum de 300 jours?

Lorsque l'enfant est conçu dans le mariage, le mari peut le désavouer s'il est né plus de 300 jours après l'éloignement ou l'accident qui l'a mis dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme. Dans cette hypothèse, les juges n'auraient aucun pouvoir discrétionnaire : ils devraient nécessairement prononcer l'illégitimité de l'enfant. Pourquoi en serait-il autrement dans notre espèce? Si la grossesse ne peut pas durer plus de 300 jours dans l'hypothèse prévue par l'article 312, quelle raison y a-t-il d'admettre qu'elle puisse dépasser ce maximum dans le cas de l'article 315? Est-ce que l'impossibilité de cohabitation résultant du *décès* du mari n'est pas aussi manifeste, et même plus certaine, que celle qui résulte *de son éloignement ou d'un accident?*

891 *bis.* — On fait contre ce système plusieurs objections, auxquelles nous devons répondre. Ces objections sont tirées : 1° du texte de la loi; 2° de certaines considérations déduites de la morale et de la science physiologique.

— *Objection tirée du texte de la loi.* — L'article. 315 ne dit point que l'enfant dont il règle la condition est *illégitime;* il dit seulement que sa légitimité *pourra être contestée.* Ce mot *pourra* indique une *faculté;* le mot *contestée* indique que cette faculté est conférée au tribunal : en effet, toute *contestation* suppose un débat à résoudre, et, par conséquent, le pouvoir pour le juge de décider, soit dans un sens, soit dans un autre. Donc, dans l'espèce, le tri-

(1) M. Bug., à son cours.

bunal peut décider *pour* ou *contre* l'enfant, c'est-à-dire le déclarer *légitime,* ou *illégitime,* suivant les circonstances.

Je réponds : 1° L'article 312 dit également que l'enfant né 300 jours après l'éloignement du mari, ou après l'accident qui l'a mis dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme, *pourra être désavoué;* et cependant tout le monde convient que, dans cette hypothèse, les juges n'ont aucun pouvoir discrétionnaire; le désaveu est péremptoire : ils ne peuvent pas ne pas l'admettre ! Les termes *pourra être contestée,* employés par l'article 315, sont identiques aux mots *pourra être désavoué,* qui se trouvent dans l'article 312 : car le *désaveu,* comme la *contestation,* suppose un débat, un procès. Dès lors, pourquoi leur attribuer un sens différent?

2° Il s'agit d'une *faculté,* sans doute; mais à qui la loi l'accorde-t-elle ? aux héritiers du mari, lesquels peuvent en user ou n'en pas user, à leur gré et selon leur intérêt. Ce qui est facultatif, ce n'est pas la *décision* des juges, c'est la *contestation!* Les mots : « la légitimité... *pourra être contestée,* » ne signifient donc point qu'elle pourra être *discutée, débattue;* il faut les traduire ainsi : la légitimité pourra être *déniée* ou *méconnue.*

— *Objection fondée sur certaines considérations déduites de la morale et de la science physiologique.* — La grossesse ne dure point, selon l'ordre régulier de la nature, plus de 300 jours. Telle est la règle. Mais la nature a ses phénomènes et ses exceptions : il se peut qu'une grossesse soit retardée même au delà de 300 jours, par des circonstances extraordinaires, par exemple, par des accidents de santé, par une constitution délicate, ou peut-être même par le chagrin que la femme a éprouvé à la mort de son mari (1).

Pourquoi donc forcer les juges, quand ces signes d'une grossesse extraordinaire existent, à proclamer illégitime l'enfant dont la légitimité leur paraît certaine?

Je réponds : 1° La loi a étabii la présomption que *la grossesse ne peut pas durer plus de 300 jours.* Cette présomption a pour but de tarir les procès que faisait naître autrefois la faculté accordée aux juges de déterminer, d'après les circonstances, la durée plus ou moins longue de la grossesse (2); or, si les juges pouvaient déclarer légitime l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, cette faculté ferait précisément renaître les difficultés qu'on a voulu éviter. La présomption de la loi n'aurait plus aucune utilité ; en fait, elle n'existerait pas !

(1) On a cité un cas des plus bizarres. Une femme, renommée pour sa moralité, déclara, le jour même de la mort de son mari, qu'elle était enceinte ; neuf mois après, elle éprouva les douleurs de l'enfantement. Le médecin appelé déclara qu'elle allait accoucher. Il n'en fut rien cependant : elle n'accoucha que deux mois plus tard ! La légitimité de cet enfant ayant été contestée, le tribunal le déclara légitime.

(2) Ils poussèrent l'abus jusqu'à décider que la grossesse pouvait durer *trois ans !*

2° Les circonstances extraordinaires, propres à expliquer la tardiveté de la naissance, peuvent se rencontrer d'ailleurs dans l'hypothèse prévue par l'article 312 ; et cependant personne ne va jusqu'à dire qu'en raison de ces circonstances les juges pourront décider que la grossesse a pu durer plus de 300 jours ! Pourquoi en serait-il autrement dans notre espèce ?

« Par une bonne raison, dit-on. Dans l'hypothèse réglée par l'article 312, l'enfant se trouve en présence du mari, qui, s'il est le père, se gardera bien de former un désaveu : l'honneur de sa femme et le sien propre, la crainte du scandale, l'affection qu'un père a pour ses enfants, sont de sûrs garants de sa bonne foi. Ce n'est pas lui qui formera un désaveu injuste !

« L'hypothèse prévue par l'article 315 est bien différente. La légitimité de l'enfant est contestée par les *héritiers* du mari, par de simples collatéraux, avides et peu soucieux de l'honneur de la mère. Rien ne les retient ! l'appât d'une fortune à conquérir les porte invinciblement à contester toujours, et même injustement. Il fallait donc, dans ce cas, une garantie à l'enfant. Cette garantie, c'est le pouvoir discrétionnaire accordé aux juges. »

Cette réponse n'est rien moins que concluante. En effet : 1° l'enfant peut, même dans l'hypothèse prévue par l'article 312, être désavoué par des collatéraux : car l'action en désaveu est transmissible du mari à ses héritiers (art. 317) ; 2° à l'époque où le Code a été fait, le divorce étant admis, l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage pouvait se trouver même en présence du *mari* de sa mère (1).

892. — En résumé, l'article 315 doit être ainsi entendu : l'illégitimité de l'enfant né après les 300 jours de la dissolution du mariage n'a pas lieu *de plein droit :* les héritiers du mari, ou toutes autres personnes intéressées, peuvent, à leur gré, contester la légitimité ou ne la pas contester. La contestent-ils : le tribunal doit *nécessairement* proclamer son illégitimité. Gardent-ils le silence : l'enfant conserve le titre qui lui a été donné dans son acte de naissance, le titre d'enfant légitime, s'il a été inscrit sous le nom du mari de sa mère ; d'enfant naturel, s'il a été inscrit comme étant né d'un père inconnu (2).

En quel sens faut-il, en résumé, interpréter l'article 315?

(1) On a tiré une troisième objection des travaux préparatoires du Code. « Le Tribunat, a-t-on dit, avait proposé de rédiger en ces termes l'art. 315 : *La loi, ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage.* Or, cette rédaction, qui consacrait l'illégitimité de plein droit, a été écartée ! »

Cela est vrai. On n'a pas voulu consacrer l'illégitimité de plein droit. Mais pourquoi ? M. Duveyrier nous l'a dit lui-même : parce que, *tant que personne ne réclame*, la loi n'est pas intéressée à proclamer la bâtardise de l'enfant et le déshonneur de la mère (voy. le n° 890).

(2) Voy. MM. Proud. et Val., t. II, p. 41 et s.; *Explic. somm.*, p. 174, et *Cours de C. civ.*, t. I, p. 393 ; Dur., t. III, n° 56 et suiv. ; Aubry et Rau, t. VI, § 545, notes 37 et suiv. ; Marc., sur l'art. 315 ; Duc., Bonn. et Roust., sur

Art. 316 et 317.

A qui appartient l'action *en contestation de légitimité ?*

893. — III. A QUI APPARTIENNENT LES ACTIONS EN CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ ET EN DÉSAVEU. — L'action *en contestation de la légitimité* de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage appartient, non seulement aux héritiers du mari, mais encore aux héritiers de la mère et à l'enfant lui-même ; en un mot, *à toute personne intéressée.* Ainsi, l'enfant auquel les ascendants du mari de sa mère réclameraient des aliments écarterait leur demande par cette raison toute péremptoire que, n'étant point conçu des œuvres du mari de sa mère, il n'est point leur descendant.

A qui l'action *en désaveu ?*

— L'action *en désaveu* n'est attribuée qu'à certaines personnes déterminées. Elle appartient :

1° Au mari seul, *tant qu'il vit.* La loi le constitue exclusivement juge du parti qu'il convient de prendre : s'il se tait, personne n'a qualité pour agir ;

2° *Aux héritiers du mari,* lorsqu'il est mort étant encore maître de son action, c'est-à-dire lorsqu'il est décédé pendant le délai que la loi lui donne pour l'intenter, ou lorsque, l'ayant déjà intentée lui-même, il est mort *pendant le procès.*

Les héritiers du mari peuvent-ils fonder leur action *sur l'adultère* de la femme et le recel de l'enfant ?

894. — Ils peuvent proposer toutes les causes de désaveu qu'il aurait pu proposer lui-même : ils peuvent donc fonder leur action sur l'adultère de la femme, dans l'hypothèse réglée par l'article 313. Le mari seul, il est vrai, a le droit de dénoncer l'adultère de sa femme et de la faire condamner à l'emprisonnement ; mais, dans l'espèce, il ne s'agit point de faire prononcer contre la femme les peines de l'adultère. L'action a un autre but : elle tend uniquement à faire déclarer l'illégitimité de l'enfant. La femme, d'ailleurs, n'est point *partie* dans le *procès* : elle y est seulement *présente* (art. 318). C'est contre son enfant et non contre elle que l'action est dirigée (1).

L'action en désaveu est-elle, dans la personne des héritiers du mari, ce qu'elle est dans la personne du mari?

895. — En passant du mari à ses héritiers, l'action en désaveu subit une modification dans sa nature.

Dans les mains du mari, l'action en désaveu, outre son côté pécuniaire, a un côté essentiellement *moral* qui fait qu'elle est exclusivement attachée à sa personne. Ses créanciers ne pourraient donc point l'exercer de son chef, conformément au principe doctrinal de l'article 1166.

Dans les mains de ses héritiers au contraire, elle est *purement pécuniaire* : elle peut donc être exercée de leur chef par leurs créanciers. Et ce qui prouve qu'elle est, dans la personne des héritiers, purement pécuniaire, c'est que le délai qui leur est accordé pour l'exercer ne commence à courir contre eux qu'à compter du jour où ils ont été troublés dans les droits qu'ils ont sur les *biens* du mari décédé (2).

l'art. 315 ; Demol., n° 85 et suiv. ; Herold, *Thèse de doctorat sur la preuve de la filiation* ; Laurent, t. III, n° 386 et 387.

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 56 ; MM. Demol., n° 121 ; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, note 13 ; Laurent, t. III, n° 41.

(2) MM. Demol., n° 137 ; Laurent, t III, n° 437.

L'action en désaveu passe aux *héritiers* du mari; mais que faut-il ici entendre par *héritiers?*

Passe-t-elle à ceux qui, sans continuer la personne du mari décédé, ont succédé à l'universalité ou à une fraction de l'universalité de ses biens, et, par exemple, à ses légataires universels ou à titre universel ?

896. — L'action en désaveu passe aux héritiers du mari. Mais que faut-il ici entendre par *héritiers?*

On distingue, en droit, parmi les successeurs d'un défunt : 1° ceux qui, *continuant sa personne, le représentent* après sa mort, et qu'on appelle ses *héritiers :* ceux-là seulement *le représentent* qui lui succèdent en qualité de *parents légitimes;* 2° les *simples successeurs aux biens*, c'est-à-dire ceux qui recueillent l'universalité ou une fraction de l'universalité de ses biens, mais sans continuer sa personne : tels sont les successeurs irréguliers (les parents naturels, le conjoint et l'État), les légataires universels et les légataires à titre universel.

L'action en désaveu passe-t-elle à *tous les successeurs* du mari? n'est-elle, au contraire, transmissible qu'à *ses héritiers?*

L'historique de la rédaction de notre article 317 va nous donner la solution de cette question.

Une première disposition portait que l'action en désaveu pourrait, après la mort du mari, être exercée *par toute personne intéressée.* Si cette disposition eût été admise, l'action eût appartenu, après le décès du mari, non seulement à *ses parents*, héritiers ou non, mais encore à l'enfant et aux *parents de sa mère.* Elle parut trop générale; on la rejeta.

Une seconde disposition fut proposée, qui portait que, si le mari décédait sans avoir formé un désaveu, *ses héritiers n'auraient point qualité pour agir.* Cette seconde règle fut à son tour rejetée.

Le motif qui la fit écarter doit être noté. On raisonna ainsi :

Les actions qui appartenaient au défunt sont *une portion intégrante de sa succession:* partant, elles passent, avec ses biens, à ceux qui recueillent sa succession: donc l'action en désaveu, comme ses autres actions et avec ses autres biens, passe à ses héritiers. De là l'article 317.

Ainsi, l'action en désaveu leur passe, non pas *parce qu'ils représentent le mari,* mais *parce qu'elle est une partie intégrante du patrimoine qu'il leur a transmis.* C'est comme *successeurs à l'universalité ou à une fraction de l'universalité de ses biens* qu'ils la recueillent. Donc elle passe, avec les biens dont elle fait partie, à tous ceux qui, à un titre quelconque, recueillent sa succession, à ses *successeurs aux biens,* comme à ses *héritiers* proprement dits.

L'article 317, il est vrai, ne parle que des *héritiers.* Mais tout le monde sait que la loi, dans la plupart de ses dispositions, emploie le mot *héritiers* dans un sens général, pour désigner ceux qui, soit comme héritiers proprement dits, soit comme simples successeurs aux biens, recueillent le patrimoine d'un défunt ; ce n'est que dans les cas où elle l'emploie par antithèse aux mots *successeurs irréguliers, légataires,* qu'elle lui donne un sens limité et restreint.

Mais, a-t-on dit, l'action en désaveu est surtout un droit *de famille :* donc elle ne peut appartenir qu'aux héritiers du mari, c'est-à-dire à ceux qui, le représentant après sa mort, ont qualité pour venger son honneur outragé.

La loi aurait pu admettre ce système; elle ne l'a pas admis. Elle a considéré l'action en désaveu, non pas comme un *droit de famille,* mais comme un droit *pécuniaire.* Ce qui le prouve, c'est : 1° qu'elle ne l'accorde point aux membres de la famille qui ne sont point héritiers du mari; 2° qu'elle ne fait courir le délai, dans lequel cette action doit être intentée par les héritiers, qu'à compter du moment où ils sont troublés dans leurs intérêts pécunaires.

En résumé, à quelles personnes passe l'action en désaveu après la mort du mari?

A quelles personnes n'appartient-elle point

897. — En résumé, l'action en désaveu est un droit pécuniaire, qui, comme tel, fait partie des biens du défunt. En conséquence, elle passe à ses successeurs, quels qu'ils soient: héritiers proprement dits, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel (1). Mais elle n'appartient qu'à eux. Elle ne peut donc être exercée :

Ni par les parents du mari qui ne sont point ses héritiers;

Ni par les héritiers qui ont renoncé à sa succession;

Ni par l'enfant;

Ni par les héritiers de la femme;

Ni même par les *légataires particuliers* du mari : car, appelés à recueillir un droit défini et limité, ils ne succèdent à aucune des actions du défunt. Ils pourraient, sans doute, avoir intérêt à prouver l'illégitimité de l'enfant, afin de défendre leurs legs contre l'action en réduction que la loi confère aux enfants légitimes (voy. les art. 926 et suiv.); mais, pour pouvoir intenter une action en désaveu, il ne suffit pas d'y avoir intérêt, il faut encore avoir qualité à cet effet, et ils ne l'ont pas, puisqu'ils n'ont point succédé aux actions du défunt.

(1) Le jugement rendu *pour* ou *contre* l'enfant, sur la poursuite de ceux auxquels appartient l'action en désaveu, a-t-il un effet *général*, ou un effet *limité* aux personnes qui ont figuré dans l'instance ? On distingue :

La loi a préposé le mari, et, après sa mort, ses héritiers, à l'intérêt *collectif* des deux familles : l'action en désaveu lui a été remise *au nom de tous.* Il en résulte que, si elle est exercée, soit par le mari, soit par *tous* ses héritiers, contre l'enfant ou contre *tous* ses héritiers, le jugement qui intervient a un effet *général*, puisque tous les intéressés ont été représentés au procès. L'enfant a-t-il triomphé : il est légitime pour tout le monde. A-t-il succombé : il est illégitime *erga omnes*, même à l'égard des parents de sa mère.

Mais, si l'action n'a été intentée que *par quelques-uns* des héritiers du mari, ou *contre quelques-uns* seulement des héritiers de l'enfant, le jugement n'a plus alors qu'un effet *limité* et restreint à ceux qui, comme demandeurs ou comme défendeurs, ont été parties au procès (art. 1351). Ainsi, l'enfant qui a succombé dans sa lutte avec quelques-uns des héritiers du mari conserve, à l'égard des autres, le bénéfice de la présomption *pater is est...*, qui n'a été qu'entamée par le jugement rendu contre lui. Ceux-ci pourraient, sans doute, exercer à leur tour l'action en désaveu qui leur compète; mais il pourrait très bien arriver qu'ils succombassent, auquel cas l'enfant, réputé illégitime dans ses rapports avec ses premiers adversaires, serait considéré comme légitime dans ses rapports avec les seconds (voy. l'explic. des art. 100 et 1351). — Le tribunal saisi de la première demande peut éviter cette contrariété de jugements, en ordonnant d'office la mise en cause de toutes les parties intéressées (art. 856, C. pr.). Comp. MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 66; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, notes 42 et suiv. ; Demol., nos 174 et suiv.

898. — IV. DANS QUEL DÉLAI DOIT ÊTRE INTENTÉE L'ACTION EN DÉSAVEU. — L'action EN CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ est imprescriptible; elle peut être intentée à toute époque. Mais, bien entendu, je ne parle que de l'action en elle-même : car, quant aux biens qui en dépendent, l'enfant qui les a possédés pendant 30 ans ne peut plus en être dépouillé, il les a acquis par prescription.

L'action *en contestation de légitimité* doit-elle être intentée dans un certain délai?
Ne faut-il pas à cet égard faire une distinction?

L'action EN DÉSAVEU, au contraire, est renfermée dans un terme fatal, après lequel elle ne peut plus être intentée. La loi n'a pas voulu que la condition de l'enfant, placé par le fait de sa naissance ou de sa conception sous la protection de la maxime *pater is est,* restât trop longtemps incertaine.

Dans quel délai doit être intentée l'action *en désaveu ?*

— Quant au mari, le délai est d'un mois ou de deux mois, suivant qu'il s'est ou non trouvé sur les lieux de la naissance de l'enfant. Au premier cas, le délai court du jour de la naissance; au second, du jour de son retour.

Quid, quant au mari?

Absent ou présent, il a toujours deux mois lorsqu'on lui a caché la naissance de l'enfant; les deux mois courent du jour de la découverte de la fraude.

— Quant aux héritiers du mari, le délai est toujours de *deux mois*. La loi leur accorde un délai plus long qu'au mari, parce qu'elle a pensé qu'ils n'ont pas les mêmes facilités qu'il peut avoir pour découvrir les faits qui doivent servir de fondement au *désaveu* (1).

Quid, quant à ses héritiers?
Pourquoi le délai est-il plus long quant à eux?

Le délai, quant à eux, ne court qu'à partir soit du moment où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, soit de l'époque où ils ont été troublés par l'enfant dans cette possession.

Quel est le point de départ du déla qui leur es accordé?

899. — Remarquons, sur cette disposition de l'article 317 :

1° Que le trouble peut résulter, non seulement d'une pétition d'hérédité dirigée par l'enfant contre les héritiers du mari, mais encore de tout acte, même extrajudiciaire, par lequel l'enfant, par lui-même, ou par son tuteur en son nom, leur notifie ses prétentions à la légitimité ;

De quels faits peut résulter le trouble?

2° Qu'il y a trouble, non seulement lorsque l'enfant revendique la succession du mari, mais encore lorsqu'il réclame, en sa qualité d'enfant légitime, la succession d'un autre parent à la succession duquel les héritiers du mari sont appelés : en prévoyant le premier cas, la loi n'a fait que statuer sur le *plerumque fit;*

Quid, si l enfant réclame la succession d'un parent autre que le mari?

3° Que le délai de deux mois court contre eux à compter du trouble, alors même qu'ils étaient *absents* au moment du décès du mari : ce n'est qu'à l'égard de ce dernier que l'absence a pour effet d'allonger d'un mois le délai qui lui est accordé;

Quid, lorsque les héritiers sont absents?

4° Qu'ils peuvent prendre les devants et, sans attendre le trouble, former leur action en désaveu : autrement, l'enfant attendrait le dépérissement des preuves avant d'élever ses prétentions.

Peuvent-ils, sans attendre le trouble, intenter une action en désaveu?

(1) L'art. 317 leur accorde deux mois pour *contester la légitimité de l'enfant ;* il y a là une inexactitude de langage : c'est deux mois *pour désavouer l'enfant*, qu'il fallait dire.

Art. 318.

N'ont-ils pas un moyen d'allonger d'un mois le délai qui leur est accordé ?

900. — La loi accorde, soit au mari, soit à ses héritiers, un moyen d'allonger d'un mois le délai qui leur est donné pour intenter leur action. Si, avant l'expiration de ce délai, le dernier jour, par exemple, ils déclarent, *dans un acte extrajudiciaire* (acte notarié, exploit d'huissier, ou même acte sous seing privé ayant date certaine) (voy. la *Form.* 113), qu'ils désavouent l'enfant, ils ont, à partir de cet acte, un mois encore pour agir. Passé ce délai, leur action est éteinte.

Contre qui s'intente l'action en désaveu ? La mère doit-elle être appelée au procès ? Faut-il nommer un tuteur *ad hoc* lorsque l'enfant est déjà muni d'un tuteur ordinaire ?

901. — V. Contre qui s'intente l'action en désaveu. — Elle s'intente contre l'enfant lui-même, s'il est majeur; et, dans l'hypothèse contraire, contre un tuteur *ad hoc* nommé à l'enfant. Dans l'un et l'autre cas, la mère n'est pas partie au procès; mais on doit l'y appeler (art. 318 *in fine*).

La loi exige un tuteur *ad hoc* alors même que l'enfant a un tuteur ordinaire, parce que dans la plupart des cas le tuteur ordinaire sera parent du mari ou de la mère, et, par conséquent, intéressé au triomphe du désaveu.

Par qui le tuteur *ad hoc* est-il nommé?

Quelques personnes veulent que ce tuteur spécial soit nommé conformément au droit commun, c'est-à-dire par un conseil de famille composé de parents. Mais on a fait remarquer avec raison que, dans l'espèce, les parents paternels ou maternels de l'enfant étant tous intéressés à faire proclamer son illégitimité, il y aurait à craindre qu'ils ne fissent un mauvais choix. C'est donc au tribunal qu'appartient la nomination de ce tuteur (1).

CHAPITRE II. — De la preuve de la filiation des enfants légitimes.

20e *Répétition.*

§ I. *Des différents modes de preuves admis en matière de filiation légitime.*

Quels faits l'enfant qui se dit légitime doit-il prouver pour établir sa filiation légitime?

902. — L'enfant qui se dit issu *légitimement* de telle femme et de tel homme, fait le raisonnement suivant : Telle femme est ou a été mariée; elle a eu un enfant, à telle époque; je suis l'enfant dont elle est accouchée; j'ai été conçu ou je suis né pendant son mariage : donc son mari est mon père (voy. la *Form.* 107).

Ceux qui réclament une filiation légitime doivent donc faire quatre preuves : 1° preuve de l'accouchement de la femme dont ils se disent issus; 2° preuve de leur identité avec l'enfant dont elle est accouchée; 3° preuve du mariage de leur mère; 4° enfin preuve de leur conception ou de leur naissance pendant le mariage.

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 59 ; *Cours de C. civ.*, p. 399 et suiv. ; Laurent, t. III, n° 453. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, p. 60, notes 38 et 39.

Nous savons déjà comment se prouvent : 1° le mariage (voy. les nos 706 et suiv.); 2° la naissance et la conception de l'enfant pendant le mariage (voy. les nos 861 et suiv.). Il nous reste à voir comment il prouvera sa filiation du côté de sa mère, c'est-à-dire l'accouchement de sa prétendue mère et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

Comment prouve-t-il le mariage de sa mère?
Comment qu'il est né ou qu'il a été conçu pendant le mariage
Quel fait doit être prouvé le premier?

Remarquons, avant d'aborder ce sujet, que le premier fait à prouver, c'est le *mariage* dont l'enfant se dit issu. Nous verrons, en effet, que la preuve de sa filiation est plus ou moins difficile, suivant qu'il se dit *enfant légitime* ou *enfant naturel;* que tel mode de preuve, qui est permis dans le premier cas, n'est point toléré dans le second. Il doit donc avant tout, et afin qu'on sache quels modes de preuves peuvent être par lui employés, établir que la filiation qu'il invoque serait légitime, à supposer qu'elle fût prouvée (1).

903. — Le Code admet trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir : 1° l'*acte de naissance;* 2° la *possession d'état;* 3° la *preuve par témoins,* mais sous certaines conditions.

Combien le Code admet-il de modes de preuve de la filiation légitime?

Ces preuves peuvent être combattues et détruites par la preuve contraire. Toutefois, lorsque la première et la seconde se trouvent réunies, nulle preuve contraire n'est admise contre elles (art. 322).

904. — I. Preuve par l'acte de naissance. — « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil » (art. 319).

Art. 319.

Est-il exact de dire que la *filiation* légitime se prouve par les actes de naissance?
Quels sont les faits à prouver pour l'établir?
Que prouve l'acte de naissance?

Cette disposition est inexacte. L'acte de naissance ne prouve pas à lui seul la *filiation;* il ne prouve que l'*accouchement* de la femme dont l'enfant se dit issu. Nous savons, en effet, que celui qui veut établir sa filiation doit prouver : 1° l'*accouchement* de sa prétendue mère; 2° son *identité* avec l'enfant dont elle est accouchée. Or, l'acte de naissance, qui prouve l'*accouchement,* ne prouve pas l'*identité.* Il ne prouve pas l'identité : car, les actes de l'état civil étant publics et le premier venu pouvant s'en faire délivrer des extraits (voy. le n° 260), la possession d'un acte de naissance, qui prouve l'accouchement de telle femme, ne prouve point que cet acte se réfère, se rapporte à l'enfant qui en est nanti. L'enfant possesseur de cet acte prouve bien que la femme dont il se dit issu a été mère, mais il ne prouve pas qu'elle est sa mère. Ce second élément de la filiation ne peut être établi que par la preuve de l'identité. Nous distinguerons donc deux faits.

905. — 1° *Preuve de l'accouchement.* — A proprement parler, il n'existe point d'*actes de naissance.* Ces actes ne sont, en réalité, que des actes *de déclaration* de naissance. L'officier de l'état civil qui les dresse ne constate point, en effet, *de visu,* le fait qu'il y relate, c'est-à-dire la naissance : car la loi n'exige point qu'il se rende en personne chez l'accouchée pour vérifier l'*accouchement.*

Existe-t-il, à proprement parler, des *actes de naissance?*

(1) Dur., t. III, n° 108; Duc., Bonn. et Roust., p. 307.

Ce qu'il écrit dans l'acte, ce n'est pas ce qu'il a vu, c'est simplement la *déclaration* qui lui a été faite par certaines personnes (art. 56), qui peut-être n'ont point assisté à l'accouchement, et dont les dires d'ailleurs peuvent être mensongers. Or, à quel titre croire le témoignage des déclarants ? Ce ne sont ni des officiers publics, ni même des *témoins,* puisqu'ils ne témoignent pas sous la garantie du serment ! Rigoureusement donc l'acte qui contient une déclaration et qu'on appelle improprement *acte de naissance* ne devrait pas faire preuve. Mais, comme en réalité ces actes sont, dans la plupart des cas, conformes à la vérité, la loi a cru pouvoir sans danger leur attribuer la force probante que dans la logique des principes ils ne devraient pas avoir.

Pourquoi les actes appelés *actes de naissance* font-ils preuve ?

Ainsi, l'accouchement de la femme dont on se dit l'enfant se prouve par l'acte de naissance où ce fait se trouve relaté. Mais, pour que cet acte fasse preuve, il faut qu'il ait été *inscrit sur les registres :* l'acte de naissance inscrit sur une *feuille volante* n'aurait aucune force probante ; ce n'est pas un acte de l'état civil (voy. les nos 254 et 707) (1).

A quelles conditions font-ils preuve?

906. — L'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil fait preuve, *quoique irrégulier,* c'est-à-dire alors même qu'il contient des énonciations qui ne devraient pas s'y trouver, ou qu'il ne relate point toutes celles qui devraient y être, pourvu d'ailleurs que les énonciations qu'il renferme désignent clairement le fait de l'accouchement et l'identité de la femme accouchée.

Quid, si l'acte de naissance est irrégulier, c'est-à-dire s'il contient des énonciations qui ne devraient pas s'y trouver, ou s'il ne contient pas toutes celles qui devraient y être?

Quid, par exemple, s'il contient le nom de la mère sans le nom du père ?

Ainsi, l'acte contient-il le nom de la mère sans le nom du père : cette omission est réparée par la loi elle-même (art. 312).

Quid, si la mère y est désignée sous son nom de fille ou avec la qualité de veuve ?

Désigne-t-il la mère sous son nom de fille, ou avec la qualité de veuve : qu'importe ! cet acte n'a point pour objet de prouver le mariage de la femme qui y est désignée ! son but unique, c'est de constater l'accouchement et de faire connaître la femme accouchée.

Quid, s'il porte que l'enfant est né d'un père autre que le mari de sa mère ?

Porte-t-il que l'enfant est né d'un père inconnu ou même d'un

(1) Quelques personnes pensent que l'acte de naissance inscrit sur une feuille volante peut servir de *commencement de preuve par écrit,* à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale dans l'hypothèse prévue par l'art. 323. Je n'admettrai pas leur opinion. L'art. 323 définit le commencement de preuve par écrit : un acte émané d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ; or, l'acte inscrit par l'officier de l'état civil sur une feuille volante n'a point ce caractère : c'est un acte émané d'un tiers étranger à la contestation. Dira-t-on qu'il émane des père et mère, par cette raison que c'est un *acte public* qui a été fait pour eux ? Mais cette feuille volante n'est pas un acte public ; l'officier de l'état civil qui l'a dressé n'avait point qualité pour le faire dans cette forme. C'est un acte purement privé et un acte nul.

Mais, pourra-t-on dire encore, s'il ne peut point servir de commencement de preuve par écrit, il peut au moins servir d'*indice grave !* C'est ce que je ne puis admettre. Les indices graves ne peuvent pas être tirés des écrits qui n'ont point, selon la loi, assez d'autorité pour servir de commencement de preuve par écrit.

père autre que le mari de la mère : qu'importe encore, pourvu que la mère y soit suffisamment désignée ? Ce n'est point pour prouver la *paternité* qu'on le dresse ; cette preuve, elle se fait avec la présomption écrite dans l'article 312.

En d'autres termes, l'acte de naissance n'est destiné ni à la preuve du *mariage,* ni à la preuve de la *paternité :* les énonciations qu'il contient sur le mariage de la mère et sur la paternité du mari n'y ajoutent absolument rien. Comment donc, lorsqu'elles ne s'y trouvent pas ou qu'elles s'y trouvent entachées de quelque irrégularité, cela lui enlèverait-il de sa valeur ?

L'article 323 confirme ce système. Il y est dit, en effet, que l'enfant n'est tenu de recourir à la preuve *testimoniale* que dans l'un de ces deux cas : 1° lorsqu'il n'a pas d'acte de naissance ; 2° lorsqu'il a été inscrit *sous de faux noms*, ou comme étant né de *père* ET *mère inconnus*. Or, dans les différentes espèces que nous venons de parcourir, l'enfant, ne se trouvant ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas, n'a pas besoin de recourir à ce mode de preuve ; et, s'il n'a pas besoin d'y recourir, c'est qu'évidemment l'acte de naissance qui existe conserve toute sa force probante, quoique irrégulier (1).

907. — 2° *Preuve de l'identité.* — L'enfant qui, par l'acte de naissance, a prouvé l'accouchement de la femme dont il se dit issu, doit, en outre, établir qu'il est l'enfant dont elle est accouchée. Il peut faire cette seconde preuve par toute espèce de moyens, soit par témoins, soit même par de simples présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit. Autrement, comment la ferait-il ?

Comment l'enfant prouve-t-il son identité avec l'enfant dont la femme qu'il revendique comme mère est accouchée ?

908. — II. PREUVE PAR LA POSSESSION D'ÉTAT. — *Ce que c'est que la possession d'état. — Quels faits la constituent ?* — La possession d'état est un ensemble de faits continus et notoires qui, par leur nature, impliquent la reconnaissance de la filiation de l'enfant par la famille à laquelle il prétend appartenir. On peut la définir : *une série d'aveux.*

Art. 320 et 321.

Comment l'enfant qui n'a pas d'acte de naissance peut-il prouver sa filiation ?

Qu'est-ce que la *possession d'état ?*

Quels faits la constituent ?

Les faits qui la constituent se résument en ces trois faits principaux : *nomen, tractatus, fama.*

Nomen. « L'enfant a *toujours* porté le nom du *père* auquel il prétend appartenir. »

Tractatus. « Le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement. »

Fama. « Il a toujours été considéré dans la société et dans sa famille comme étant l'enfant des personnes dont il se dit issu. »

Ces faits sont les *principaux* parmi ceux qui constituent la pos-

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 81 ; *Explic. somm.*, p. 175 ; *Cours de C. civ.*, p. 402 ; Bonnier, *traité des preuves*, t. II, nos 552 et suiv. ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 544, p. 9 et 10, notes 11 et 12 ; Demol., nos 195 à 197 ; Laurent, t. III, n° 398.

session d'état; mais la loi n'exclut pas les autres faits qu'elle n'énonce pas. Il n'est pas même nécessaire que ceux qu'elle indique spécialement concourent pour qu'il y ait possession d'état. Sur tous ces points la loi s'en rapporte à l'appréciation des juges.

Pourquoi la possession d'état fait-elle preuve?

Pourquoi la possession d'état fait preuve. — La loi tient toujours pour constants, et jusqu'à la preuve du contraire, les faits qui constituent, dans les rapports des hommes entre eux, la condition régulière et habituelle : les faits *exceptionnels* ou *extraordinaires ne se présument point!* Or, lorsque deux personnes mariées ont donné leur nom à un enfant qui vient de naître, qu'elles l'ont entretenu, élevé et établi comme un enfant légitime, qu'elles l'ont présenté comme tel à leur famille, à leurs voisins, il est probable que cet enfant, si solennellement et tant de fois reconnu par sa famille, pécuniairement intéressée à le méconnaître, a, dans la réalité, l'état qu'il possède, c'est-à-dire qu'il paraît avoir. Ce n'est qu'une probabilité, sans doute, mais si grande qu'elle équivaut presque à la certitude, tant sont rares les cas où l'état véritable de l'enfant n'est pas conforme à celui dont il est en possession!

909. — *Ce que prouve la possession d'état.* — Elle prouve :

Quels faits la possession d'état prouve-t-elle? Quel avantage a-t-elle sur l'acte de naissance.

1° D'une manière complète, la filiation vis-à-vis de la mère, c'est-à-dire l'*accouchement* de la mère et l'*identité* de l'enfant; en d'autres termes, la *maternité*. C'est un avantage qu'elle a sur l'acte de naissance, qui ne prouve que l'*accouchement* (voy. le n° 904);

2° La *paternité*. Elle entraîne même la déchéance du droit de désavouer l'enfant, car les reconnaissances quotidiennes qui la constituent renferment implicitement une renonciation à l'action en désaveu. Remarquons, d'ailleurs, qu'en supposant qu'elle ne fît point *directement* obstacle au désaveu, elle le rendrait, au moins dans la plupart des cas, *indirectement* impossible : car le délai d'un ou de deux mois dans lequel il doit être formé sera presque toujours expiré lorsque la possession d'état est acquise à l'enfant;

3° Le *mariage* de la mère, mais seulement dans l'hypothèse prévue et sous les conditions prescrites par l'article 197 (voy. les n°s 724 et suiv.). Dans ce cas, et sous ces conditions, la possession d'état ne prouve pas seulement la *filiation*, elle sert encore à en établir la *légitimité* (1).

Quels caractères doit-elle avoir pour faire preuve?

910. — *Quels caractères elle doit avoir pour faire preuve.* — Il faut : 1° qu'elle soit « *constante*. »

(1) La possession d'état d'enfant légitime prouve *la filiation;* la possession d'état d'époux ne prouve point *le mariage* (voy. le n° 724). Quelle est la raison de cette différence ? Elle tient à la nature même des choses : la possession d'état d'époux ne prouve rien, parce qu'elle est l'œuvre de ceux-là mêmes qui ont intérêt à prouver l'existence du mariage ; la possession d'état d'enfant légitime prouve la filiation, parce que l'enfant tient sa possession, non pas de lui-même, c'est-à-dire de ses propres faits, mais, au contraire, de la volonté de ceux qui, pécuniairement, sont intéressés à contester son état.

— Cette expression, *constante*, est amphibologique. On peut, en effet, la traduire de deux manières :

Que veut dire la loi lorsqu'elle exige que la possession d'état soit *constante* pour aire preuve?

La possession d'état ne fait preuve qu'autant qu'elle est *certaine, établie, démontrée ;*

Elle ne fait preuve qu'autant qu'elle a été *continue, suivie, sans lacunes.*

La nécessité de la première de ces deux conditions est trop évidente pour que la loi ait pris la peine de l'énoncer. C'est donc la seconde idée qu'elle a entendu exprimer. C'est ce qu'elle explique elle-même lorsqu'elle ajoute que l'enfant doit *toujours* avoir porté le nom de son père ; qu'il faut qu'il ait été *constamment* traité comme enfant légitime dans la société. Sa pensée est celle-ci : si l'enfant, à sa naissance, a reçu un autre nom que celui de son père, s'il a été d'abord renié par sa famille, ou traité comme un enfant naturel, si ce n'est que plus tard, après plusieurs années depuis sa naissance, qu'on lui a permis de prendre le nom de son père et qu'on a commencé à le traiter comme enfant légitime, cette seconde possession, se trouvant combattue par la première, ne pourra point lui servir de preuve; autrement, rien ne serait plus facile que d'adopter, *de plano,* et contrairement aux conditions prescrites par la loi (voy. les art. 343 et suiv.), l'enfant d'un étranger.

Est-il nécessaire pour que la possession d'état fasse preuve, qu'elle ait duré depuis la naissance de l'enfant jusqu'au moment où il réclame sa filiation?

Mais, pourvu qu'elle ait commencé à la naissance de l'enfant, et qu'elle ait eu une durée suffisante pour la constituer solidement, il n'est point nécessaire qu'elle ait continué jusqu'au moment où l'enfant réclame sa filiation. Une fois *acquise*, elle ne se perd point par cela seul qu'elle n'a pas toujours continué avec les caractères qu'elle a eus dans le principe (1).

Est-il nécessaire qu'elle existe simultanément, tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père?

911. — 2° *Qu'elle existe simultanément et indivisément, tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père.* Notre article, il est vrai, semble ne comprendre, parmi les faits constitutifs de la possession d'état, que ceux qui sont relatifs *au père*. Mais, si la loi l'a désigné spécialement, c'est que le premier fait qu'elle indique comme pouvant servir de fondement à la possession d'état est le *nom* porté par l'enfant; et, comme ce nom est celui du père, elle l'a désigné spécialement. Puis, suivant la même idée, elle a continué à parler de lui, mais sans exclure, bien entendu, l'intervention de la mère : car, si elle ne la désigne point nommément, elle la désigne implicitement en parlant de la *famille*. Il s'agit d'ailleurs de la possession d'état d'*enfant légitime;* or, cette possession d'état ne peut exister qu'autant qu'elle rattache l'enfant à son père et à sa mère. On comprend, en effet, que, s'il est traité comme enfant *légitime* par l'un des époux seulement, sans la participation et le consentement de l'autre, il ne serait pas exact de dire qu'il

(1) M. Demol., n°s 209 et 210. — Mais, sur ce point, la controverse est possible.

est traité *dans sa famille* et dans le monde comme un enfant légitime (1).

Comment prouve-t-on la possession d'état?

912. — *Comment on prouve la possession d'état.* — L'enfant qui l'invoque peut l'établir par toute espèce de moyens, par titres ou par témoins, et indépendamment d'un commencement de preuve par écrit.

Art. 322.

L'acte de naissance peut-il être combattu et détruit par la preuve contraire?

913. — *Du concours de l'acte de naissance et de la possession d'état.* — L'acte de naissance, *lorsqu'il est seul,* c'est-à-dire lorsqu'il n'est point corroboré par une possession d'état, peut être combattu et détruit par la preuve contraire.

Quid, de la possession d'état?

La possession d'état, *lorsqu'elle est seule,* c'est-à-dire lorsqu'elle n'est point corroborée par un acte de naissance, peut également être combattue et détruite par la preuve contraire. Ainsi, les adversaires de l'enfant qui l'invoque peuvent la combattre, non seulement en prouvant que les faits sur lesquels l'enfant prétend la fonder n'ont jamais existé, ou que du moins ils n'ont ni les caractères, ni la gravité qu'il leur attribue; mais encore, lorsqu'elle est prouvée ou non contestée, en établissant qu'elle n'est point fondée, parce qu'il n'est issu aucun enfant du mariage de ses prétendus père et mère, ou que les enfants qui en sont issus sont décédés.

Quid, au contraire, s'il existe une possession d'état conforme à un acte de naissance?

Que si, au contraire, il existe *une possession d'état conforme à l'acte de naissance*, la loi, en présence de ces preuves qui se prêtent un mutuel appui, écarte toute preuve contraire. « Nul, dit l'article 322, n'est admis à réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et une possession conforme à cet acte; et, réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance. » Ainsi, l'enfant ne serait pas admis à prouver qu'il est l'enfant légitime ou naturel de telles ou telles personnes autres que celles que son acte de naissance et sa possession d'état lui donnent pour père et mère; et réciproquement ses adversaires ne seraient pas écoutés, s'ils demandaient à prouver que ceux dont il se dit l'enfant n'en ont jamais eu, ou que les enfants qu'ils ont eus sont décédés. Il se peut sans doute que, dans la réalité, l'enfant n'ait point la filiation que lui donne son acte de naissance corroboré par la possession d'état; mais, comme ce cas est tout exceptionnel, la loi a dû négliger ce danger à peu près chimérique, afin d'assurer, dans tous les cas, le repos et la stabilité des familles.

914. — En résumé, l'acte de naissance sans la possession d'état, ou la possession d'état sans l'acte de naissance, ne constituent

(1) Marc., sur l'art. 321; M. Demol., n° 211; Val., *Explic. somm.*, p. 177; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 544, notes 14 et 15; Dem., t. II, n° 45 *bis*, II. — MM. Duc., Bonn. et Roust. (t. I, n° 455) pensent, au contraire, que l'enfant peut être admis à justifier sa possession quant au mari seul, sans justifier d'aucuns faits propres à la prouver quant à la femme, et réciproquement. Mais ils reconnaissent qu'elle n'assure alors l'état de l'enfant que vis-à-vis de celui des époux à l'égard duquel elle existe.

qu'une preuve susceptible d'être combattue et détruite par d'autres preuves; *réunis,* ils excluent toute preuve contraire. Il faut toutefois remarquer :

1° Que notre article n'est applicable qu'autant qu'il est bien établi que l'enfant désigné dans l'acte de naissance et l'enfant qui a la possession d'état ne forment qu'une seule et même personne : car, à défaut de cette *identité,* on ne peut plus dire que l'acte de naissance et la possession d'état sont *conformes,* puisqu'ils se rapportent alors à deux personnes différentes. Les adversaires de l'enfant qui passe pour être l'enfant de Pierre et de Sophie devraient donc être écoutés s'ils demandaient à prouver qu'il n'est pas le même que celui qui a été désigné dans l'acte de naissance. Ainsi, ils seraient admis à prouver soit que l'acte de naissance a été falsifié après coup pour le faire concorder avec la possession d'état, soit que l'enfant attribué par l'acte de naissance à Pierre et à Sophie est mort depuis la rédaction de l'acte, et a été remplacé par un autre, ou même qu'il y a eu (toujours depuis la rédaction de l'acte de naissance) substitution, chez la nourrice, d'un autre enfant à celui qui est désigné dans l'acte de naissance.

Les adversaires de l'enfant peuvent-ils être admis à prouver que l'enfant désigné dans l'acte de naissance et l'enfant qui a la possession d'état sont deux enfants différents ?

Il en serait autrement si l'on prétendait que c'est *avant* la rédaction de l'acte de naissance que cette substitution d'enfant a eu lieu : car dans ce cas l'acte, ayant été réellement dressé pour l'enfant qui y est désigné, se trouverait conforme à la possession d'état (1).

2° Que la possession d'état conforme à l'acte de naissance prouve la *filiation* sans en prouver la *légitimité :* car la preuve de la légitimité ne peut résulter que de la preuve du *mariage* des père et mère, et (sauf l'hypothèse prévue par l'art. 197) le mariage ne se prouve point par la possession d'état (voy. le n° 724).

La possession d'état conforme à l'acte de naissance prouve-t-elle toujours la *légitimité* de la filiation ?

915. — Un dernier mot. Lorsqu'il existe un acte de naissance et une possession d'état, mais *sans conformité* entre eux, c'est le titre qui l'emporte.

Il se peut que l'acte de naissance et la possession d'état ne soient pas conformes : *quid* alors ?

916. — III. Preuve par témoins.

Art. 323 à 325.

Observation. — Ce mode de preuve n'est pas, en principe, admis dans les procès ordinaires. Il n'est permis que par exception, dans les cas suivants : 1° lorsque celui qui l'invoque a un commencement de preuve par écrit qui rend sa prétention vraisemblable ; 2° indépendamment d'un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il a été *dans l'impossibilité* de se procurer une preuve écrite, ou que l'écrit qu'il avait fait dresser a été détruit par suite d'un cas fortuit ou de force majeure; 3° sans aucune condition, lorsque l'intérêt engagé au procès ne dépasse pas 150 francs (voy. les art. 1341, 1347 et 1348). Toutes les fois qu'on se trouve dans un des cas où la preuve testimoniale est admissible, les

Quelles règles régissent, selon le droit commun, l'admissibilité de la preuve testimoniale ?

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 85 ; Bonn., *Traité des preuves*, t. I, n° 206 ; MM. Demol., n°s 221 et s. ; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, p. 22 ; Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n° 25.

parties peuvent recourir à un autre mode de preuve, qu'on appelle preuve *par simples présomptions* (voy. l'expl. de l'art. 1353). Tel est le droit commun.

Ces règles sont-elles applicables en matière de filiation?

Quant à la *filiation*, la loi a organisé, sur l'admission de la preuve testimoniale, une théorie spéciale, qui tantôt se confond avec le droit commun et tantôt s'en écarte.

Dans quels cas et sous quelles conditions l'enfant qui recherche sa filiation légitime est-il admis à user, à cet effet, de la preuve testimoniale?

— *Dans quels cas et sous quelles conditions ce mode de preuve est admissible en matière de filiation légitime.* — L'enfant qui recherche sa filiation légitime peut recourir à la preuve testimoniale *toutes les fois que la filiation n'est pas établie par un acte de naissance conforme à la possession d'état :* le cas contraire est, en effet, le seul où son état soit irrévocablement fixé.

Ainsi, il peut y recourir :

1° Lorsque, soutenant que la filiation que lui donne son acte de naissance ou sa possession d'état est mensongère, il en revendique une autre;

2° Lorsqu'il n'a pas de filiation prouvée, c'est-à-dire lorsqu'il n'a ni possession d'état, ni acte de naissance, ou, ce qui revient au même, lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et de mère inconnus;

3° Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus (art. 46).

Les deux premiers cas sont régis par les mêmes règles; le troisième a des règles spéciales.

La preuve testimoniale est-elle admissible *de plano* dans les cas prévus par l'article 323 ?

917. — PREMIER ET SECOND CAS. — *L'enfant demande à prouver par témoins une filiation autre que celle que lui donne son acte de naissance ou sa possession d'état; ou bien il n'a pas de filiation prouvée, soit parce qu'on ne l'a pas fait inscrire sur les registres, soit parce qu'il a été inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus, et il demande à prouver sa filiation par témoins.* Doit-il être écouté dans l'un et l'autre cas?

Il faudrait répondre affirmativement, si nous ne consultions que le droit commun : car, ainsi que nous l'avons dit, la preuve testimoniale est permise lorsque celui qui la réclame a été *dans l'impossibilité* de se procurer une preuve écrite du droit qu'il revendique; or, c'est précisément ce qui a lieu dans notre espèce : l'enfant, en effet, a été dans l'impossibilité matérielle, absolue, de se procurer une preuve écrite de sa filiation.

Pourquoi ne l'est-elle pas?

Mais la loi déroge ici au droit commun. La preuve testimoniale est peu sûre, soit à cause de l'infidélité de la mémoire des personnes qui témoignent, soit parce qu'il est possible (je ne veux pas dire facile) de se procurer, à prix d'argent, de faux témoins. Ce double danger existe en toute matière, mais principalement dans *les questions d'état*, où les faits à vérifier touchent aux intérêts les plus graves. On a dû, en conséquence, protéger les familles contre les usurpations qui pourraient être tentées contre elles : il ne faut pas que le premier venu puisse, par une enquête frauduleuse, entrer de force dans une famille illustre ou honorable à

laquelle il est étranger. De là cette règle protectrice : l'enfant qui réclame sa filiation légitime ne sera admis à la prouver par témoins qu'autant que sa prétention sera déjà *rendue vraisemblable,* soit *par un commencement de preuve par écrit,* soit *par des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants.*

Sous quelles conditions l'est-elle donc ?

918. — « *Par un commencement de preuve par écrit....* » On appelle ainsi l'acte qui, sans prouver d'une manière directe le fait contesté, en rend l'existence vraisemblable.

Qu'est-ce qu'un *commencement de preuve par écrit ?*

Du reste, tout acte qui rend vraisemblable la filiation réclamée ne rend pas, par cela même, admissible la preuve testimoniale ; la loi ne lui attribue cet effet qu'autant qu'il émane soit du père ou de la mère, soit d'un autre parent engagé dans la contestation, soit enfin d'un parent qui n'y est point engagé, mais qui y aurait intérêt s'il était vivant.

Quels actes peuvent servir de commencement de preuve par écrit?

Nous trouvons là une autre dérogation au droit commun. Dans les procès ordinaires, on n'admet comme pouvant servir de commencement de preuve par écrit que les actes émanés *du défendeur.* Il n'en est pas de même ici : on accepte comme tels, non seulement les actes émanés du défendeur, mais encore ceux qui ont pour auteur une personne qui n'est pas engagée au procès, mais qui y aurait intérêt si elle était vivante. Tel serait, par exemple, le cas où l'enfant, ayant formé sa demande contre ses prétendus père et mère, produirait, pour obtenir d'être admis à la preuve testimoniale, un écrit émané d'un autre enfant qu'ils ont eu de leur mariage et qui est décédé. La loi a confiance dans cet écrit : 1° parce que son auteur avait intérêt à ne pas le faire ; 2° parce qu'on ne peut guère supposer qu'il ait été fait pour le besoin de la cause, puisque son auteur est décédé avant le procès.

Quelle différence y a-t-il, sous le rapport du commencement de preuve par écrit, entre la filiation et les matières ordinaires?

Au reste, pourvu, d'une part, que l'acte produit rende vraisemblable la prétention de l'enfant, et que, d'autre part, il émane d'une personne engagée au procès, ou d'une personne qui n'y est point engagée, mais qui y aurait intérêt si elle était vivante, peu importe sa nature : registres ou papiers domestiques, actes publics ou actes sous seing privé, simples lettres missives même, la loi les admet tous également.

919. — « *Présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants...* » Nouvelle dérogation au droit commun. Dans les procès ordinaires, les simples présomptions peuvent faire preuve *complète* dans le cas où la preuve testimoniale serait elle-même admissible (art. 1353) ; en dehors de ce cas, elles n'ont, si graves et si concluantes qu'elles soient, aucune force probante, pas même à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale. En matière de filiation, au contraire, c'est l'inverse qui a lieu. Ainsi, d'une part, elles ne peuvent, en aucun cas, faire à elles seules preuve de la filiation ; et, d'autre part, elles rendent admissible la preuve par témoins. La loi leur a attribué cet effet afin de suppléer, quant aux familles peu lettrées, au commencement de preuve par écrit, qui manquerait presque toujours.

Quelle autre différence y a-t-il, au point de vue des présomptions, entre notre matière et les matières du droit commun ?

Qu'entend-on par *présomptions* ou *indices graves ?*

On entend ici par *présomptions* ou *indices graves* toutes circonstances, autres qu'un commencement de preuve par écrit, qui sont de nature à rendre vraisemblable la filiation réclamée. Tels sont, par exemple, des signes corporels, des vêtements signalés dans un procès-verbal (art. 58), et qu'on retrouve sur l'enfant ou qu'il représente; ou encore une ressemblance parfaite entre l'enfant qui réclame et la mère et le père dont il se dit issu. Tels seraient encore certains faits de possession, insuffisants pour constituer une possession complète d'état d'enfant légitime, mais assez graves pour rendre vraisemblable la filiation que revendique l'enfant.

Quel est le sens de ces mots : *dès lors constants ?*

920. — « *Résultant de faits dès lors constants*... » *Dès lors*, c'est-à-dire au moment où l'enfant demande à prouver par témoins sa filiation. *Constants*, c'est-à-dire démontrés *sans le secours d'une enquête* (1). S'il eût été permis de prouver ces faits par témoins, les fraudes que la loi a voulu prévenir eussent été trop faciles. On aurait pu, en effet, prouver par de faux témoins l'existence d'indices graves, et, par les mêmes témoins, la filiation elle-même! La loi eût ainsi détruit par cette voie les garanties qu'elle a organisées pour le repos des familles.

Ainsi, les indices graves ne rendent la preuve testimoniale admissible qu'autant qu'ils sont incontestés et reconnus par les parties, ou établis par un acte public, par exemple, par le procès-verbal dont il est parlé dans l'article 58.

Les adversaires de l'enfant ne sont-ils pas, dans tou les cas, admis à combattre sa prétention? Quelles espèces de preuves peuvent-ils invoquer contre lui?

921. — Les adversaires de l'enfant, soit qu'ils aient, soit qu'ils n'aient pas de commencement de preuve écrite, sont admis à combattre sa prétention par toute espèce de moyens, c'est-à-dire non seulement par témoins, mais encore par de simples présomptions (art. 325 *initio*). C'est aux juges placés en présence de ce conflit de preuves contradictoires à décider, dans leur sagesse, de quel côté est la vérité.

Le jugement rendu pour ou contre l'enfant a-t-il un effet *général*, ou seulement un effet *restreint* aux personnes qui ont été parties au procès? Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

922. — Reste un point à examiner. L'enfant a pu former son action en réclamation d'état contre sa mère, ou contre les héritiers de sa mère, mais sans appeler en cause le mari ou ses héritiers; il a pu, au contraire, la former tout à la fois contre sa mère ou tous les héritiers de sa mère, et contre le mari de sa mère ou tous les héritiers de ce mari:

Supposons d'abord *qu'il n'a formé sa demande que contre sa mère ou les héritiers de sa mère; qu'il n'a point appelé en cause le mari de sa mère ou les héritiers de ce mari.* — A-t-il succombé : tout est terminé. Du moment qu'il est jugé qu'il n'est point l'enfant de la femme dont il se dit issu, il ne lui est pas permis de prétendre qu'il est l'enfant du mari de cette femme : ce serait revendiquer une filiation adultérine, ce qui est défendu (art. 342). A-t-il triomphé : le jugement qu'il a obtenu prouve sa filiation; toutefois cette preuve, à la différence de celle qui résulte d'un acte de naissance ou d'une possession d'état, n'est point *absolue,* elle n'est que

(1) M. Bigot-Préameneu, dans son discours au Corps législatif.

relative. Je m'explique. Les jugements n'ont d'effet qu'entre les personnes qui, ayant été parties au procès, ont pu présenter leurs moyens d'attaque ou de défense : ils n'ont aucune force probante à l'égard des tiers. La preuve qui en résulte n'existe donc qu'au profit de celui qui les a obtenus et contre ceux-là seulement contre lesquels ils ont été rendus (art. 1351). Or, dans l'espèce, l'enfant n'a appelé en cause que sa mère ou les héritiers de sa mère : le jugement qu'il a obtenu ne prouve donc sa filiation qu'à leur égard. Oui, quant à eux, il est certain que la femme dont le réclamant se dit issu a eu un enfant, et qu'il est bien l'enfant qu'elle a eu. Mais ce double fait, qui est pleinement établi du côté de la mère, ne l'est pas à l'égard du mari ou de ses héritiers. Quant à eux, la question de maternité reste entière, parce qu'elle n'a pas été jugée contre eux. Avant d'invoquer contre le mari de sa mère la présomption *pater is est*.., l'enfant devra intenter une nouvelle action contre lui, à l'effet de prouver ce qu'il a déjà prouvé une première fois, c'est-à-dire l'accouchement de la femme dont il se dit issu et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Réussira-t-il? Il se peut que non ! car la femme ou ses héritiers ont pu mal se défendre ; peut-être même ont-ils colludé avec l'enfant. S'il succombe, sa situation ne sera établie qu'à l'égard de sa mère ou des héritiers de sa mère. Il aura alors l'état d'enfant *adultérin*, puisqu'il ne sera pas réputé être l'enfant du mari de sa mère.

La maternité établie par le jugement place-t-elle l'enfant sous la protection de la règle *pater is est?*

923. — Supposons maintenant *qu'il a formé son action en réclamation d'état tout à la fois contre sa mère ou les héritiers de sa mère, et contre le mari ou ses héritiers*. — C'est l'hypothèse prévue par l'article 325. Le mari ou ses héritiers, la femme ou ses héritiers, ayant été parties au procès, et ainsi mis à même de combattre, par toute espèce de moyens, la prétention de l'enfant, le jugement qu'il obtient est opposable à tous ses parents paternels ou maternels. Il est désormais établi, constant pour tout le monde : 1° que la femme dont il se dit issu a eu un enfant ; 2° qu'il est bien l'enfant qu'elle a eu.

Mais la maternité établie par jugement et après enquête le place-t-elle sous la protection de la règle *pater is est...?* Peut-il faire le même raisonnement que l'enfant dont la filiation est établie par un acte de naissance? Peut-il dire au mari : « Vous êtes le mari de ma mère, donc vous êtes mon père » ? J'admets l'affirmative. L'article 312 ne distingue pas. Du moment que la maternité est prouvée par l'un des modes de preuve reconnus par la loi, la règle que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari doit recevoir son application.

La présomption de paternité attachée à la maternité *prouvée par témoins*, est-elle aussi forte que celle qui est attachée à la maternité *prouvée par un acte de naissance*?

Toutefois la présomption de paternité attachée à la maternité *prouvée par témoins* est moins forte que celle qui est attachée à la maternité *prouvée par un acte de naissance*.

Le mari, placé en présence d'*un acte de naissance* qui prouve la maternité de sa femme, ne peut faire tomber la présomption *pater*

Quelle différence y a-t-il entre les deux cas?

is est..., que par un désaveu fondé sur l'une ou l'autre des cause définies dans les articles 312 et 313.

Au contraire, lorsque la maternité de la femme n'a été établie qu'*au moyen d'une enquête*, la présomption *pater is est...* peut être, il est vrai, invoquée contre lui; mais il peut la combattre et la faire tomber *par toute espèce de moyens propres à justifier qu'il n'est pas le père.*

Quelle est la raison de cette différence?

Cette différence, au reste, est fort rationnelle. Dans le premier cas, la maternité de la femme est prouvée par un acte régulier; cet acte a été dressé par un officier public, sur la déclaration de ceux auxquels la loi a confié le soin de déclarer l'accouchement : aucune circonstance n'en amoindrit la force probante.

Dans le second, au contraire, la maternité a été prouvée par un moyen anormal, exceptionnel, que la loi n'admet qu'avec une certaine répugnance et par nécessité. La femme a caché, sans doute, son accouchement, puisqu'elle n'a point fait dresser l'acte de naissance; et, si elle l'a tenu secret, c'est probablement qu'elle s'est reconnue coupable envers son mari. Toutes ces circonstances rendent suspecte la légitimité de la maternité et, par suite, douteuse la paternité du mari : tout porte à croire que la maternité n'est que le fruit de l'adultère. En présence de ces circonstances si défavorables à l'enfant, la loi a dû permettre au mari de prouver sa non-paternité *par toute espèce de moyens,* de la même manière que dans le cas où il y a eu adultère de la femme et recel de l'enfant (art. 313). Les deux cas sont identiques : la règle devra être la même (1).

Les règles qui régissent les hypothèses prévues par l'art. 46 sont-elles les mêmes que celles qui régissent les hypothèses prévues par l'art. 323 ?
Quelles différences les séparent?

924. — Troisième cas. — *L'enfant est obligé de recourir à la preuve testimoniale, soit parce qu'il n'a pas été tenu de registre à l'époque de sa naissance, soit parce que les registres sur lesquels il affirme qu'il a été inscrit ont été détruits ou perdus par suite d'un cas fortuit ou de force majeure.* C'est le cas prévu par l'article 46. Il diffère, sous trois principaux rapports, de ceux qui sont réglés par nos article 323 à 325 et que nous venons d'étudier.

1° Lorsque l'enfant demande à prouver sa filiation par témoins, sous prétexte qu'on ne l'a pas fait inscrire sur les registres ainsi qu'on aurait dû et qu'on aurait pu le faire, ou parce qu'il a été inscrit sous de faux noms, sa demande n'est recevable qu'autant qu'il existe soit un commencement de preuve écrite, soit des indices graves qui rendent vraisemblable sa prétention — Dans le cas de l'article 46, au contraire, c'est-à-dire *lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été détruits par accident*, la preuve testimoniale est admissible même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit ou d'indices graves (voy., sous le n° 271, la justification de cette différence).

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 75 et suiv. ; *Explic. somm.*, p. 180 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 407 et suiv. ; M. Demol., n°s 256 et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 544, p. 15 ; M. Laurent, t. III, n°s 421 et 422.

2° Dans les cas réglés par l'article 323, les présomptions ou indices graves ne peuvent point à eux seuls faire preuve de la filiation ; ils n'ont d'autre effet que de rendre admissible la preuve testimoniale (voy. le n° 919). — Dans le cas prévu par l'article 46, au contraire, les énonciations écrites soit dans les registres et papiers domestiques des père et mère décédés ou vivants, soit dans ceux de toute autre personne, parente ou non, peuvent à elles seules, et à titre d'indices graves ou de présomptions, faire preuve complète de la filiation (voy. le n° 268).

3° Dans les deux cas de l'article 323, le mari peut, *par toute espèce de moyens*, faire tomber la présomption *pater is est*... qu'on lui oppose (voy. le n° 923). — Dans le cas prévu par l'article 46, il ne peut, au contraire, fonder son désaveu que sur l'une des causes indiquées dans les articles 312 et 313. C'est qu'en effet, lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou que les registres ont été détruits par accident, l'absence de l'acte de naissance ne rend point suspecte la légitimité de la maternité.

§ II. *Du tribunal compétent pour connaître des actions en réclamation d'état.*

Art. 326 et 327.

925. — Un enfant peut être privé de son état, soit par suite d'un accident, soit par suite d'un délit connu sous le nom de *crime de suppression d'état*.

Lorsqu'un enfant a été privé de son état par suite d'un accident, d'un crime ou délit, quel tribunal est compétent pour connaître de son action en réclamation d'état? Le Code ne s'est-il pas, à ce sujet, écarté des règles du droit commun ?

Dans l'un et l'autre cas, la réclamation de l'enfant doit être portée devant les tribunaux civils : eux seuls sont compétents pour en connaître.

Etudions, sur le second cas, le fait prévu par la loi et les solutions qu'elle donne.

Deux actions sont nées du crime de suppression d'état : l'action *civile* qui appartient à l'enfant, l'action *publique* qui appartient au ministère public. En présence de ce fait, la loi décide :

1° Que l'action *civile* ne peut être portée que devant le tribunal civil ;

2° Que l'action *publique* ne peut pas être exercée par le ministère public *pendant le procès engagé devant le tribunal civil;*

3° Qu'il n'est point permis au ministère public de prendre l'initiative, et d'exercer l'action publique, tant que l'enfant, auquel appartient l'action civile, reste dans l'inaction, ou, en d'autres termes, tant que la question d'état n'a pas été définitivement jugée par le tribunal civil sur la poursuite de l'enfant.

Chacune de ces solutions constitue une dérogation au droit commun.

926. — Première dérogation. — Lorsqu'un délit a été commis, la partie lésée peut, à son choix, porter son action civile soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique (voy. le n° 714) : c'est ainsi, par exemple, que peuvent procéder les époux qui, par l'effet d'un délit, ont été pri-

vés de l'acte de célébration de leur mariage. Il en est différemment ici : l'action en réclamation d'état d'enfant ne peut être portée que devant le tribunal civil.

Pourquoi l'enfant qui a souffert du crime de suppression d'état doit-il nécessairement porter son action civile devant le tribunal civil ?

Pourquoi ne lui est-il pas permis d'agir au criminel

Quelle est la cause de cette dérogation au droit commun?

Le motif qui y a donné lieu est bien connu. Notre ancienne jurisprudence, de même que notre Code, n'autorisait, dans les procès *civils* relatifs à la filiation, l'emploi de la preuve testimoniale qu'autant qu'il existait déjà un commencement de preuve par écrit ; mais, lorsque l'action civile était, en même temps que l'action publique, portée devant un tribunal criminel, la preuve testimoniale y était admise *de plano*, c'est-à-dire *même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit*. Dans ce système, rien n'était plus facile que d'éluder la règle que la filiation ne peut se prouver par témoins qu'autant qu'elle est déjà rendue vraisemblable par un commencement de preuve par écrit : au lieu de prendre la voie civile, le réclamant *portait plainte en suppression d'état,* afin d'agir devant le tribunal criminel saisi de l'action publique. Or, cette dénonciation du crime de suppression d'état n'avait, le plus souvent, rien de sérieux; ce n'était, dans la plupart des cas, qu'un moyen frauduleux et détourné d'être admis, *quoique non muni d'un commencement de preuve par écrit*, au bénéfice de la preuve testimoniale.

C'est pour prévenir cet abus que le Code a exclu, dans tous les cas, la compétence des tribunaux criminels en matière de questions relatives à la filiation. Ainsi, la règle consacrée par notre article 326 : *les tribunaux criminels ne sont, en aucun cas, compétents pour statuer sur les questions d'état d'enfant,* est tout à la fois la conséquence et la sanction de cette autre règle, écrite dans l'article 323 : *la filiation ne peut être prouvée par témoins qu'autant qu'il existe déjà un commencement de preuve par écrit ou des indices graves qui la rendent vraisemblable.*

Cette explication est-elle bien rationnelle? Ne repose-t-elle point sur un préjugé?

927. — Au reste, il faut bien le dire, cette théorie a sa source dans une erreur législative : car le principe sur lequel elle repose est complètement faux. On est parti de cette idée: La filiation ne se prouve point par la preuve testimoniale toute nue, c'est-à-dire indépendamment d'un commencement de preuve par écrit ou d'indices graves; or, la preuve testimoniale toute nue est TOUJOURS admissible devant les tribunaux criminels : donc il ne faut pas que l'action en réclamation d'état puisse jamais être jugée par eux.

Ce principe que la preuve testimoniale toute nue est TOUJOURS et NÉCESSAIREMENT admissible *devant les tribunaux criminels* n'existe point : c'est un pur préjugé de la pratique. L'admissibilité de la preuve testimoniale dépend, en effet, non point de la différence des juridictions, mais de la nature des faits à vérifier; c'est la loi civile qui seule donne des règles sur ce point. S'il s'agit d'un fait dont le réclamant n'a pu se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale *toute nue* est admissible tout aussi bien au civil qu'au

criminel; dans le cas contraire, elle n'est admissible ni au civil, ni même au criminel. Ainsi, lorsqu'un dépositaire est accusé *d'abus de confiance*, le déposant, alors même qu'il agit au criminel, n'est point admis, s'il ne justifie d'un commencement de preuve par écrit, à prouver par témoins l'existence du dépôt (1).

928. — SECONDE DÉROGATION. — Selon le droit commun, lorsqu'un délit a été commis, et que la partie lésée a porté son action civile devant un tribunal civil, le ministère public peut, de son côté, porter la sienne devant le tribunal criminel. Dans ce cas, le tribunal civil doit, avant de statuer sur l'action civile, attendre que le tribunal criminel ait statué sur l'action publique. C'est ce qu'on exprime par cette maxime : *le criminel tient le civil en état.* Dans notre matière, au contraire, c'est l'inverse qui a lieu : *le civil tient le criminel en état;* le tribunal criminel ne peut pas statuer sur l'action publique tant que le tribunal civil n'a pas statué sur la question d'état.

Si l'enfant a porté son action civile devant le tribunal civil, et le ministère public l'action publique devant le tribunal criminel, est-ce le *criminel* qui tient le *civil* en état?

929. — TROISIÈME DÉROGATION. — L'action publique n'est point, selon le droit commun, subordonnée à l'exercice de l'action civile. Si la partie à laquelle appartient l'action civile y renonce, ou si elle reste dans l'inaction, le ministère public n'a pas à s'en préoccuper : son action demeure dans tous les cas intacte : il l'intente quand il le juge à propos et à son heure. Il n'en est plus de même ici. Tant que la partie civile n'a point fait juger au civil la question d'état qui l'intéresse, le ministère public a les mains liées : il ne lui est pas permis d'agir. Le crime sera donc impuni si, par indifférence ou par collusion, la partie qui en a souffert reste dans l'inaction! Ce système déplorable est né de l'erreur législative dont j'ai déjà parlé.

Si l'enfant n'exerce point son action civile, le ministère public peut-il exercer l'action publique?

La seconde et la troisième dérogation que je viens de signaler sont, en effet, une suite ou le complément de la première. La loi qui refuse aux tribunaux criminels le pouvoir de statuer sur les questions d'état d'enfant, sous prétexte qu'au criminel la preuve testimoniale est admissible, même en l'absence des conditions prescrites par l'article 323, a dû naturellement prohiber toutes poursuites devant les tribunaux criminels tant que la question d'état n'a pas été définitivement vidée au civil : car, si le tribunal criminel avait pu statuer sur l'action publique alors que la question d'état est encore entière, c'est véritablement lui qui aurait résolu par voie de conséquence cette question d'état, conformément au principe généralement admis que le fait reconnu vrai au criminel est désormais vrai pour toute autre juridiction.

Quelle est la cause de la seconde et de la troisième dérogations qui viennent d'être signalées?

§ III. *De l'imprescriptibilité et de la prescriptibilité de l'action en réclamation d'état.*

Art. 328 à 330

930. — La nature et les caractères de cette action sont bien dif-

Quel est le double

(1) Voy. M. Demol., *Traité des Contrats*, t. VII, nos 161 et suiv.

objet de l'action en réclamation d'état?

férents, suivant qu'on l'envisage dans la personne de l'enfant ou dans la personne de ses héritiers.

Quant à l'enfant, l'action en réclamation d'état a un double objet : l'un, direct, principal et *purement moral*, savoir : *l'état* d'enfant légitime de telle mère et de tel père; l'autre, indirect, accessoire et *purement pécuniaire*, savoir : l'ensemble des droits que la loi confère aux enfants sur les biens de leurs père et mère décédés.

Quels sont ses caractères, lorsqu'on l'envisage sous son rapport *purement moral?*

931. — Considérée sous le premier rapport, l'action en réclamation d'état *n'est point dans le commerce.* Il en résulte :

1° Qu'un enfant ne peut, ni expressément ni tacitement, renoncer au droit qu'il a de réclamer l'état que la loi lui attribue : toute transaction qu'il fait à cet égard est nulle et de nul effet;

2° Que son action en réclamation d'état est *imprescriptible :* car la prescription suppose l'abandon du droit qu'elle éteint, et, dans l'espèce, l'abandon, même exprès, n'est point permis. Ainsi, son action est recevable à toute époque : fût-il resté cinquante ans dans l'inaction, il peut encore agir;

3° Que l'aveu qu'il fait de sa non-légitimité ne peut pas lui être opposé.

Quels sont ses caractères, lorsqu'on l'envisage sous son rapport *pécuniaire?*

932. — Considérée sous le second rapport, c'est-à-dire au point de vue des droits pécuniaires qui dérivent de la qualité d'enfant légitime, elle est, comme toute autre action pécuniaire, à la disposition de la personne à laquelle elle appartient. Son objet est alors pleinement commercial. Il en résulte :

1° Que l'enfant qui en est nanti peut y renoncer expressément ou tacitement;

2° Qu'elle est prescriptible, selon le droit commun, c'est-à-dire par trente ans, à compter de l'ouverture des droits qui en sont l'objet (art. 2262). Mais, bien entendu, les trente ans ne commencent à courir qu'à compter de la majorité de l'ayant-droit (art. 2252). Paul est depuis longtemps décédé; sa succession, appréhendée par ses ascendants ou par ses collatéraux, a été possédée par eux depuis trente ans. Mais voici qu'une tierce personne se présente, disant qu'elle est l'enfant légitime de Paul, et demandant à faire preuve de sa prétention : on doit l'écouter, car son action en réclamation du titre d'enfant légitime est imprescriptible. En cas de succès, la succession de son père devra-t-elle lui être rendue ? Oui, s'il s'est écoulé moins de trente ans depuis le jour où elle s'est ouverte ou le jour où il a atteint sa majorité. Non, dans le cas contraire : car ceux qui ont possédé la succession l'ont acquise par l'effet de la prescription.

Est-elle de la même nature lorsqu'elle appartient aux héritiers de l'enfant?

—*Quant aux héritiers de l'enfant,* l'action en réclamation d'état n'a pour objet que les droits pécuniaires qui s'étaient ouverts dans la personne de l'enfant, et qu'il leur a transmis avec sa succession. D'où les conséquences suivantes :

1° Les héritiers qui ont succédé à l'action en réclamation d'état

peuvent y renoncer, soit expressément, soit tacitement (voy. la *Form.* 115);

2° Elle est, quant à eux, prescriptible conformément au droit commun.

§ IV. *De l'intransmissibilité et de la transmissibilité de l'action en réclamation d'état aux héritiers de l'enfant.*

933. — L'action en réclamation d'état est, quant à sa transmissibilité aux héritiers, d'une nature mixte. Tantôt elle s'éteint avec l'enfant auquel elle appartient, et tantôt elle lui survit.

Passe-t-elle toujours aux héritiers de l'enfant?

Elle s'éteint avec lui :

1° Toutes les fois qu'il y a renoncé expressément : car cette renonciation vaut *quant aux droits pécuniaires* qui s'étaient ouverts dans sa personne (voy. le n° 932), et ce n'est que sous ce rapport que son action peut passer à ses héritiers.

Dans quels cas s'éteint-elle avec lui?

2° Toutes les fois qu'on peut conclure de la conduite de l'enfant qu'il n'a pas eu lui-même confiance dans la bonté de son action et que, s'il eût survécu, il n'eût probablement point soulevé la question de son état (1). Or, c'est ce qui arrive :

a. *Lorsqu'il est mort après sa vingt-sixième année*. Il a compris l'importance de son droit; il a eu le temps d'assembler toutes ses preuves, et cependant il est resté dans l'inaction ! Qu'en conclure, si ce n'est qu'il a jugé lui-même ou que le droit qu'il paraissait avoir ne lui appartenait réellement pas, ou que tout au moins il était environné de trop de mystères pour en faire l'objet d'une demande en justice ? Il ne l'eût pas réclamé, sans doute, s'il eût survécu! Dès lors, dans l'intérêt et pour le repos de la famille, il ne faut pas que ses héritiers puissent le faire après lui.

Pourquoi s'éteint-elle avec lui lorsqu'il meurt après sa vingt-sixième année?

Ainsi, quant à lui et tant qu'il est vivant, l'action subsiste : elle subsiste alors même qu'il y renonce expressément; tandis qu'à l'égard de ses héritiers, la simple *probabilité* qu'il n'eût point intenté son action, s'il eût survécu, suffit pour l'éteindre.

b. *Lorsque, après avoir intenté son action, il s'en est désisté, soit expressément* (voy. la *Form.* 116), *soit tacitement, en laissant passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure*. Quant à l'enfant, ce désistement exprès ou tacite n'éteint que *la procédure*. *L'action*, c'est-à-dire le droit de réclamer son état quand il le jugera convenable, subsiste : car rien ne peut l'éteindre, ni transaction, ni renonciation expresse ou tacite. Mais il est probable que, s'il eût survécu, il n'eût point repris à nouveau le procès qu'il avait abandonné. Or, cette probabilité suffit pour rendre non recevable la prétention de ses héritiers (2).

S'éteint-elle, quant à lui, lorsqu'après l'avoir intentée il s'en est désisté ?

Quid, si, après l'avoir intentée, il est resté trois ans dans l'inaction ?

Dans l'un et l'autre cas, est-elle transmissible à ses héritiers

(1) M. Bigot-Préameneu, dans son *Exposé des motifs*.

(2) Et, pour que cet effet ait lieu, il n'est pas nécessaire que le désistement exprès ait été accepté, ou que la péremption, résultat du silence que l'enfant

Quid, pourtant, si, avant de mourir, il a de nouveau porté sa prétention en justice?

Mais, bien entendu, si avant de mourir il avait de nouveau porté sa prétention en justice, l'induction que nous venons de tirer de son désistement exprès ou tacite se trouvant détruite par le fait, ses héritiers pourraient alors *continuer* son action.

En résumé, dans quels cas son action est-elle transmissible à ses héritiers?

934. — L'action en réclamation d'état passe aux héritiers de l'enfant :

1° Lorsqu'il est mort avant sa vingt-sixième année accomplie;

2° A quelque époque qu'il soit décédé, lorsque, ayant intenté lui-même son action, il est mort *pendente lite.*

Est-elle transmissible à ses héritiers quels qu'ils soient?

— Remarquons que l'action passe à ses héritiers, quels qu'ils soient, à ses héritiers légitimes, à ses successeurs irréguliers, à ses légataires universels, et même à ses légataires particuliers : car ils ont pour gage de leurs legs tous les biens laissés par le testateur, et l'action en réclamation d'état, *considérée au point de vue purement pécuniaire,* est un bien comme un autre (1).

Les *descendants* de l'enfant sont-ils régis par l'art. 328 ou par les art. 329 et 330 ?
En d'autres termes, faut-il les assimiler *à l'enfant* lui-même ou *à ses héritiers?*

935. — Reste une question : Les *descendants* de l'enfant sont-ils régis par l'article 328 ou par les articles 329 et 330? En d'autres termes, faut-il les assimiler à *l'enfant* lui-même ou à ses *héritiers*?

Premier système. — Les *descendants* de l'enfant décédé ont deux qualités pour agir, la qualité d'*héritiers* et la qualité de *descendants.*

Comme héritiers, ils ne peuvent réclamer que les *droits pécuniaires* ouverts dans la personne de l'enfant avant son décès. Encore faut-il : 1° que l'enfant du chef duquel ils agissent n'ait point de son vivant renoncé à ses droits; 2° qu'il soit mort avant l'expiration de sa vingt-sixième année; 3° qu'il ne se soit pas désisté expressément ou tacitement de son action après l'avoir intentée.

Comme descendants, ils ont une action *de leur propre chef* et indépendamment de leur qualité *d'héritiers*. La circonstance qu'ils sont les héritiers de l'enfant n'a pas pu, en effet, détruire en eux le titre de *descendants.* Or, à ce titre, ils ont leur *propre état*, leur état de *petit-fils* ou de *petite-fille,* à réclamer. C'est leur propre légitimité, leur filiation personnelle, qu'ils demandent à établir. C'est, par conséquent, comme *enfants* et non comme *héritiers* de leur auteur qu'ils agissent. L'article 328, qui parle de l'action de *l'enfant*, leur est applicable : car un petit-fils est aussi *un enfant.*

a gardé pendant trois ans depuis le dernier acte de procédure, ait été demandée : car l'induction que la loi en tire a la même force, soit que le désistement exprès ait été ou non accepté, soit que la péremption ait été ou non demandée. Voy., en ce sens, M. Laurent., t. III, n° 465. — *Contrà*, Marc., sur l'art. 330 ; Dem., t. II, n° 55 *bis*, I ; MM. Aubry et Rau, t. VI, ᵹ 544 *bis*, p. 18 ; Demol., n°s 292 et 293.

(1) L'action en *réclamation* et l'action en *contestation* d'état peuvent, ainsi que nous venons de le voir, appartenir à plusieurs personnes. Mais, comme aucune de ces personnes n'a mandat légal à l'effet de représenter les autres, le jugement rendu pour ou contre l'une d'elles n'a d'effet que pour ou contre elle (voy. les n°s 922 et 923).

Ainsi, ils ont *de leur propre chef* une action en réclamation de leur état de petit-fils ou de petite-fille. Il en résulte :

1° Que cette action, considérée sous son rapport moral, est *imprescriptible* comme celle qui appartient à l'enfant;

2° Qu'ils la conservent, nonobstant tout aveu ou renonciation contraire;

3° Qu'elle leur compète, alors même que leur auteur est mort longtemps après sa vingt-sixième année;

4° Qu'ils peuvent l'exercer indépendamment de tout intérêt pécuniaire;

5° Qu'ils le peuvent, alors même qu'ils ont renoncé à la succession de leur auteur;

6° Qu'ils l'auraient pu même du vivant de l'enfant, et malgré lui, sauf à le mettre en cause (1).

936. — Deuxième système. — Les descendants de l'enfant auquel l'action en réclamation d'état appartient sont compris, dans les articles 329 et 330, sous la dénomination générique d'*héritiers*. L'article 328, qui parle de l'*enfant*, ne s'applique pas aux *petits-enfants :* car il n'est question dans toute cette matière que des rapports de paternité et de filiation entre l'enfant (ou ses héritiers) et ses père et mère (ou leurs héritiers) ; aucun texte n'a trait aux rapports de paternité et de filiation entre les *petits-enfants* et leurs *ascendants*. D'ailleurs, la loi, lorsqu'elle veut comprendre sous la dénomination d'*enfants* tous les descendants, à quelque degré qu'ils soient, a soin de s'en expliquer (voy. les art. 332 et 914) ; or, je le répète, aucune des dispositions relatives au désaveu et à la preuve de la filiation ne fait mention des petits-enfants. Donc ils n'ont point qualité pour agir de leur chef ; donc ils ne le peuvent qu'en qualité d'*héritiers* de l'enfant ; donc l'action en réclamation d'état ne leur passe que dans les cas déterminés et sous les conditions prescrites par les articles 329 et 330 (2).

CHAPITRE III. — Des enfants naturels.

Section première. — De la légitimation des enfants naturels.

21e *Répétition.*

Art. 331.

Qu'est-ce que la *légitimation ?* Quels enfants peuvent être légitimés ?

937. — I. Définition. — La légitimation est un bienfait de la loi, dont l'effet est de faire considérer comme étant nés depuis le mariage de leurs père et mère les enfants nés d'un concubinage antérieur.

938. — II. Quels enfants peuvent être légitimés. — Ceux-là

(1) Bug., à son cours ; Marc., sur l'art. 330; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article.

(2) MM. Dur., t. III, n° 151 ; Toull., t. II, n° 910; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 415; Demol., nos 304 et 305 ; Dem., t. II, n° 55 *bis*, VI ; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, note 14 ; Herold, *Revue pratique*, t. X, p. 129; Laurent, t. III, n° 468.

seulement peuvent l'être qui sont enfants *naturels simples,* c'est-à-dire qui sont nés d'un concubinage *exempt d'adultère et d'inceste.* Ne peuvent pas l'être les enfants *adultérins* ou *incestueux.*

Le caractère de la filiation dépend de la nature des rapports qui ont existé entre le père et la mère ; or, on ne peut apprécier ces rapports qu'en se plaçant au moment où ils ont eu lieu, c'est-à-dire à l'époque de la *conception de l'enfant.*

D'où le principe suivant :

Il faut, pour résoudre la question de savoir si un enfant est ou non *naturel simple,* se placer, non pas au moment de sa *naissance,* mais à l'époque de sa *conception.*

De là il suit :

L'enfant dont la conception a été adultérine peut-il être légitimé, si à l'époque de sa naissance la cause qui avait rendu sa conception adultérine a cessé ?

Quid, dans l'hypothèse inverse ?

1° Que la légitimation est impossible, alors même que la cause qui a rendu adultérine la *conception* de l'enfant a cessé d'exister à l'époque de la naissance ;

2° Et, à l'inverse, que la légitimation est possible dès que la *conception* de l'enfant n'a été ni adultérine ni incestueuse, quoique d'ailleurs, à l'époque de sa naissance, le commerce de ses père et mère eût été adultérin.

Prenons des espèces :

1° Paul, qui est marié, vit en concubinage ; il devient veuf, et, dans les six mois qui suivent la dissolution de son mariage, sa concubine accouche : peut-il, en l'épousant, légitimer l'enfant qu'il a eu d'elle ? Il ne le peut pas : car, s'il était, au moment de la *naissance* de l'enfant, libre de tout lien conjugal, il ne l'était pas à l'époque de la *conception.* Cette tache originelle de l'enfant suffit pour faire obstacle à sa légitimation (1).

2° Paul se marie avec Julie, pendant qu'il vit en concubinage avec une autre femme. *Moins de six mois* après son mariage, sa concubine devient mère : peut-il, en l'épousant (alors qu'il est devenu veuf), légitimer l'enfant qu'il a eu d'elle ? Il le peut : car la *conception* de cet enfant n'a pas été entachée d'adultère, puisqu'à l'époque où elle a eu lieu, ses père et mère étaient l'un et l'autre libres de se marier entre eux.

Les enfants nés hors mariage de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé, sont-ils légitimés par le mariage que leurs père et mère contractent après avoir obtenu des dispenses ?

939. — Les enfants nés hors mariage, soit d'un oncle et de sa nièce, soit d'un neveu et de sa tante, soit d'un beau-frère et de sa belle-sœur, sont-ils légitimés par le mariage que leurs père et mère contractent, après avoir obtenu, à cet effet, des dispenses ? La négative, quoique fort vivement contestée, me semble incontestable. La loi défend la légitimation des enfants *incestueux* ; or, si cette prohibition ne s'appliquait pas aux enfants nés de parents ou d'alliés qui se sont mariés après avoir obtenu des dispenses,

(1) Voy. notamment MM. Aubry et Rau, t. VI, § 546, p. 69, note 17 ; Laurent, t. IV, n° 174. — Peut-être pourrait-on critiquer cette solution, par le principe que l'enfant n'existe point aux yeux de la loi tant qu'il est dans le sein de sa mère, ou que, s'il est réputé né, quoique simplement conçu, ce ne peut être que dans son intérêt.

elle n'aurait point d'objet! Il serait, en effet, bien inutile de défendre à des parents ou à des alliés *qui ne peuvent en aucun cas se marier entre eux*, de légitimer par un mariage subséquent l'enfant qu'ils ont eu de leur commerce! La règle prohibitive de notre article a été évidemment faite en vue des enfants nés d'un commerce entre deux personnes qui sont parentes ou alliées au degré prohibé pour le mariage, mais qui ont la possibilité de se marier entre elles en obtenant des dispenses à cet effet. — La loi a voulu, sans doute, dans l'intérêt des bonnes mœurs et pour la paix des familles, mettre un frein aux rapports incestueux, en retirant aux parents et alliés l'espoir de légitimer plus tard les enfants nés de leur commerce (1).

940. — Les enfants qui sont dans le cas d'être légitimés peuvent l'être soit de leur vivant, soit même après leur mort, lorsqu'ils ont laissé une postérité légitime. Dans ce dernier cas, la légitimation profite à leurs descendants, qui prennent alors, avec le titre de petits-enfants légitimes, rang dans la famille des époux.

Art. 332.

Les enfants décédés peuvent-ils être légitimés ?

Quel est l'effet de cette légitimation posthume ?

941. — III. Des conditions de la légitimation. — La légitimation est subordonnée aux conditions suivantes :

Art. 333.

A quelles conditions est subordonnée la validité de la légitimation ?

1° *Reconnaissance de l'enfant par ses père et mère*, *soit avant leur mariage, soit, au plus tard*, *dans l'acte même de la célébration*. — La reconnaissance faite *pendant le mariage* ne légitimerait point l'enfant reconnu. La loi a voulu que la légitimation ne s'appliquât qu'aux enfants dont la filiation est certaine au moment du mariage ; autrement, rien n'eût été plus facile aux époux qui n'auraient pas eu d'enfants que de se créer une postérité légitime en dehors des formes et conditions prescrites pour l'adoption (voy. le Titre VIII).

Mais, pourvu qu'elle soit antérieure ou concomitante au mariage, il importe peu que la reconnaissance soit *volontaire* ou *judiciaire*. Tout ce que la loi exige, c'est que la filiation de l'enfant soit établie, soit par un acte authentique de reconnaissance, soit par un jugement, au moment du mariage ;

2° *Mariage valable ou au moins putatif* (voy. le n° 702) *des père et mère*. — Dès que ces deux conditions concourent, la légitimation a lieu de plein droit, indépendamment de la volonté des père et mère et du consentement de l'enfant. Les père et mère sont maîtres de ne pas reconnaître leur enfant, maîtres aussi de ne pas se marier, et, sous ce double rapport, la légitimation dépend d'eux; mais, dès que ces conditions légales existent, elle s'opère *néces-*

(1) MM. Duverg., *sur Toull.*, t. II, n° 933 ; Proud. et Val., t. II, p. 165; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 188 ; Marc., sur l'art. 331 ; Aubry et Rau, t. VI, § 546, note 15 ; Valette et Thierret, *Rev. de législ.*, t. VIII, p. 37 et 455 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 331 ; Demol., n°s 352 et s. ; Dem., t. II, n° 57 *bis*, IV-VI ; Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 418 ; Laurent, t. IV, n°s 175 et suiv.

La Cour de cassation, par trois arrêts du 22 janvier 1867, décide que les enfants issus du commerce d'un beau-frère avec sa belle-sœur sont légitimés par le mariage subséquent (Sir., 67, 1, 49). — Comp., ci-dessus, n° 884.

sairement, par la seule puissance de la loi, qui en fait un attribut légal du mariage. Les expressions : *pourront être légitimés* par le mariage subséquent de leurs père et mère, employées par notre article 331, indiquent seulement l'aptitude des enfants naturels simples à recevoir le bienfait de la légitimation. On peut encore les entendre en ce sens que le mariage est un moyen offert par la loi aux père et mère naturels de légitimer leurs enfants.

Est-il nécessaire que les époux aient eu la capacité de se marier ensemble au moment de la conception de l'enfant qu'ils veulent légitimer ?

942. — Il paraît qu'en droit romain, et aussi dans notre ancienne jurisprudence, la légitimation n'était possible qu'au cas où les père et mère *avaient eu la capacité de se marier ensemble* AU MOMENT DE LA CONCEPTION DE L'ENFANT (1). La nécessité de cette condition se comprend, lorsqu'on se place dans le système de certains commentateurs qui soutenaient que la légitimation *rétroagit,* quant à ses effets, *au jour de la conception de l'enfant.* La fiction contraire a été admise dans notre Code. Ce n'est pas le mariage et la légitimation qui remontent au jour de la conception de l'enfant; c'est la conception et la naissance de l'enfant qui descendent au jour du mariage, et, par suite, au jour de la légitimation : *Dies nuptiarum, dies est conceptionis et nativitatis legitimæ.* Dès lors, peu importe que le mariage ait été ou non possible entre les père et mère au moment de la conception de l'enfant ; il suffit que leur commerce n'ait pas été, à cette époque, entaché d'*adultère* ou d'*inceste*. Ainsi, l'enfant naturel que sa mère a conçu avant qu'elle eût atteint l'âge requis pour le mariage (quinze ans) peut être légitimé par elle, bien qu'elle n'eût point, à l'époque où elle l'a conçu, la capacité de se marier.

Art. 334.

Quels sont les effets de la légitimation ? A partir de quel moment les produit-elle ?

943. — IV. DES EFFETS DE LA LÉGITIMATION. — Les enfants légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère ont les *mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.* La légitimation ne rétroagit donc, quant aux droits qu'elle confère, ni au jour de la conception, ni même au jour de la naissance de l'enfant. Son effet se borne à faire considérer comme conçus et nés le jour même du mariage les enfants qui, dans la réalité, sont nés antérieurement à la célébration. Ainsi, elle ne produit point ses effets *en arrière*. Il en résulte :

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que la légitimation ne produit pas ses effets dans le passé ?

1° Que l'enfant légitimé n'a aucun droit sur les successions des parents de son père ou de sa mère décédés depuis sa conception, ou même depuis sa naissance, mais avant sa légitimation. Exemple : Paul et *Marie* ont un enfant naturel, qu'ils reconnaissent tous deux. Paul épouse *Jeanne*, dont il a deux enfants légitimes ; l'un de ces enfants meurt après avoir recueilli une portion de la succession de sa mère décédée avant lui. Paul, devenu veuf, épouse *Marie*, la mère de son enfant naturel : cet enfant, quoique légitimé, ne peut rien prétendre sur la succession qu'a laissée, en mourant, l'un des enfants légitimes de son père ;

(1) Inst. de Just., § 13 *De nuptiis.*

2° Que, si l'un ou l'autre de ses père et mère a eu des enfants d'un mariage antérieur à sa légitimation, le droit d'aînesse appartient à ces enfants, quand même leur naissance serait, en fait, postérieure à la sienne. Ainsi, dans l'espèce précédente, quoique l'enfant légitimé soit plus âgé que l'enfant légitime, c'est ce dernier pourtant qui, légalement, a le titre d'aîné.

SECTION II. — DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS.

944. — A ne s'attacher qu'aux termes de cette rubrique, notre Section aurait trait seulement à l'acte *volontaire* par lequel la filiation d'un enfant naturel est *reconnue* par son père ou sa mère. Mais là ne se borne point son objet. Il y est aussi question de la *recherche* de la maternité ou de la paternité naturelle, c'est-à-dire du droit qu'ont les enfants naturels d'établir leur filiation par la voie judiciaire, et au moyen de la preuve testimoniale. Quel est le double objet dont le législateur s'occupe dans cette Section ?

Notre rubrique est donc incomplète. Peut-être la justifierait-on en faisant remarquer que, dans le langage juridique, le mot *reconnaissance* s'emploie dans un sens général, pour désigner tout à la fois : 1° l'aveu volontaire de la paternité ou de la maternité naturelle ; 2° la décision judiciaire qui, suppléant à cet aveu, en tient lieu. On dit : dans le premier cas, reconnaissance *volontaire;* dans le second, reconnaissance *forcée*. Cette manière de parler est consacrée par la pratique. Le mot *reconnaissance* ne s'emploie-t-il pas dans un sens général ?

Quoi qu'il en soit, la loi eût été plus exacte si elle eût dit : *De la preuve de la filiation naturelle, et des effets de cette filiation.*

§ I. *De la preuve de la filiation naturelle.*

945. — Trois modes de preuve ont été admis pour la filiation *légitime*, savoir : 1° l'acte de naissance ; 2° la preuve par témoins ; 3° la possession d'état. Art. 335. Comment se prouve la filiation *légitime?* Comment la filiation *naturelle ?*

Quant à la filiation *naturelle,* la loi n'admet, au moins expressément, que deux modes de preuve, savoir : 1° l'acte de reconnaissance ; 2° la preuve par témoins. Elle ne dit rien de la possession d'état. Nous aurons donc à nous demander si ce mode de preuve est ou non applicable à la filiation naturelle. C'est une des questions les plus controversées de la matière.

946. — PREMIER MODE DE PREUVE. — ACTE DE RECONNAISSANCE. — La filiation *naturelle,* à la différence de la filiation *légitime,* ne se prouve point par *l'acte de naissance*. Cela résulte de l'article 334, aux termes duquel la reconnaissance d'un enfant naturel doit être faite par un acte authentique, *lorsqu'elle ne l'a pas été dans son acte de naissance,* ce qui revient à dire que l'acte de naissance à lui seul, et indépendamment de la reconnaissance, ne prouve rien *quant à la filiation*. C'est vainement qu'il mentionne le nom du père La filiation naturelle se prouve-t-elle par l'acte de naissance ?

ou de la mère : cette mention n'a aucune force probante, parce qu'elle est nulle ; elle est nulle, parce que l'acte de naissance d'un enfant naturel n'est point destiné à la contenir, parce que les déclarants n'ont point mission de la faire et que l'officier de l'état civil n'a point reçu de la loi mandat pour la recevoir (voy. les nos 286 et suiv.).

Ainsi, l'acte de naissance qui ne contient pas une *reconnaissance,* émanée, soit des père et mère, soit de toute personne munie, à cet effet, d'un mandat spécial, ne prouve qu'une chose, le fait simple de la *naissance,* c'est-à-dire le jour et le lieu où l'enfant est né, son sexe et le nom qu'on lui a donné ; il ne prouve point la *filiation*, puisqu'il n'indique point quels sont les père et mère de l'enfant, ou que, s'il les désigne, cette désignation n'a légalement aucune valeur.

En d'autres termes, l'acte de naissance d'un enfant naturel prouve bien qu'un enfant de tel sexe, auquel on a donné tel nom, est né tel jour ; mais il ne dit point, et il ne doit point dire quelle est la femme (voy., en sens contraire, le n° 287, 3e système), et encore moins quel est l'homme dont il est né.

Pourquoi ce mode de preuve n'est-il pas applicable à la filiation naturelle ?

947. — Cette différence entre la filiation *légitime* et la filiation *naturelle* se justifie par la différence même qui sépare ces deux espèces de filiation. La maternité légitime est un fait honorable : la femme mariée n'a, par conséquent, aucun intérêt à dissimuler sa grossesse, à cacher son accouchement. Aussi est-ce, le plus souvent, un fait notoire. Dès lors, il n'y a pas lieu de suspecter la déclaration qui en est faite à l'officier de l'état civil par les personnes qui en ont été témoins. La maternité naturelle, au contraire, est un fait honteux : la mère, sa famille même sont intéressées à le tenir secret : il y avait dès lors à craindre que les déclarants, trompés par la mère ou d'accord avec elle, ne fissent des déclarations contraires à la vérité. Leur témoignage étant suspect, la loi n'a pas dû y ajouter foi.

Quel acte remplace donc, pour l'enfant naturel, l'acte de naissance ?
L'acte de reconnaissance prouve-t-il à lui seul la filiation naturelle ?

948. — L'acte de *reconnaissance* est à l'enfant naturel ce qu'est pour l'enfant légitime l'acte de *naissance.* Donc, de même que l'enfant légitime ne peut profiter de l'acte de naissance qu'il invoque, qu'autant qu'il établit que cet acte a bien réellement été dressé pour lui, de même l'enfant naturel qui, pour prouver la filiation qu'on lui conteste, produit un acte de reconnaissance, doit prouver son identité avec la personne désignée dans l'acte. Cette preuve, au reste, peut être faite par témoins indépendamment d'un commencement de preuve écrite (voy. le n° 907).

En quelle forme se fait la reconnaissance des enfants naturels ?

949. — I. En quelle forme se fait la reconnaissance. — Elle ne peut être faite qu'*en la forme authentique,* c'est-à-dire par un acte dressé par un officier public compétent, et selon les formes prescrites par la loi. Ainsi, la forme *sous seing privé* est exclue.

Pourquoi en la forme authentique ?

On comprend facilement, au reste, cette préférence de la loi pour la forme *authentique*, et l'exclusion, en une matière aussi importante, des actes *sous seing privé.*

Les solennités de l'acte authentique ont quelque chose de grave et d'imposant qui, en appelant l'attention des parties, leur fait comprendre l'importance de l'acte qu'elles vont faire. Point de surprise, point de violence à craindre; la présence de l'officier assure l'entière et pleine liberté des parties.

Les actes *sous seing privé,* au contraire, se font sous le manteau de la cheminée, entre les parties et sans témoins; rien ne protège alors ceux qui les font contre les surprises, les entraînements, la captation ou la suggestion; leur nature même les rend suspects!

Quels officiers publics sont compétents pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel?

950. — Ainsi, la reconnaissance ne peut être faite qu'en la forme authentique, devant *un officier public*; mais peut-elle l'être, sans distinction, devant *tout officier public?* Nous ne le pensons pas. Elle ne peut être reçue que par un officier public institué pour dresser acte des conventions, déclarations ou aveux, susceptibles de produire un effet de droit civil. Ainsi, elle peut l'être :

1° *Par les officiers de l'état civil :* car la reconnaissance n'est, après tout, qu'un *acte de l'état civil,* puisqu'elle est une preuve de la filiation. La reconnaissance peut être reçue par eux, soit dans l'acte de naissance, soit dans un acte séparé et postérieur (voy. le n° 290), soit enfin dans l'acte de célébration du mariage des père et mère de l'enfant (art. 331) (voy. la *Form.* 118) ;

2° *Par les notaires :* car ils ont été institués pour recevoir tous les actes auxquels les particuliers doivent ou veulent donner le caractère de l'authenticité (voy. la *Form.* 117) ;

3° *Par un tribunal,* lorsqu'elle est faite dans le cours d'une instance par l'une des parties, qui en demande acte : elle est alors consignée par le greffier, qui est institué à cet effet, sur la feuille d'audience, laquelle constitue un acte authentique, puisqu'elle est dressée par un officier public compétent;

4° *Par un juge de paix* assisté de son greffier, lorsque, les parties étant devant lui en conciliation, l'une d'elles fait l'aveu de sa paternité ou de sa maternité. Le juge de paix, lorsqu'il siège comme juge conciliateur, est, en effet, compétent pour relater, dans le procès-verbal qu'il dresse, tous les dires et aveux que les parties font devant lui.

951. — Bien qu'assisté de son greffier, le juge de paix ne pourrait point, en dehors de son ministère de juge ordinaire ou de juge conciliateur, recevoir une reconnaissance; ce droit ne lui appartient que dans le cas où la reconnaissance est faite devant lui dans le cours d'une instance. En dehors de ses fonctions judiciaires, il n'a plus qu'une compétence limitée et restreinte aux actes déterminés par la loi; or, la reconnaissance ne figure point parmi les actes pour lesquels la loi le déclare compétent.

Mais, dit-on, la reconnaissance peut être faite par devant un officier public; le juge de paix assisté de son greffier est un officier public : donc, etc... Cet argument ne prouve rien, précisément parce qu'il prouverait trop s'il était fondé. Et, en effet, si tout officier public était compétent pour recevoir une reconnais-

sance, il faudrait aller jusqu'à dire, ce qui pourtant est inadmissible, qu'elle peut être faite devant un commissaire de police, ou même devant un garde champêtre, car l'un et l'autre sont des officiers publics.

La reconnaissance d'un enfant naturel peut-elle être faite dans un testament?

952. — La reconnaissance peut être faite dans un *testament public,* c'est-à-dire dans un testament reçu par un ou deux notaires en présence de quatre ou de deux témoins (art. 971) (1).

Elle ne peut pas l'être dans un testament *olographe :* car l'acte qui le contient, étant l'œuvre du testateur seul, appartient à la classe des actes *sous seing privé* (art. 999).

Elle ne peut pas l'être non plus dans un testament *mystique* (voy. l'art. 976) : car l'écrit qui, à proprement parler, constitue le testament, n'a rien d'*authentique,* puisqu'il n'émane point du notaire. Il n'y a d'*authentique* que l'acte de *suscription*, dans lequel est renfermé le testament proprement dit (arg. tiré de l'art. 1007).

Art. 336.

Par qui la reconnaissance peut-elle être faite ?

953. — II. PAR QUELLES PERSONNES PEUT ÊTRE FAITE LA RECONNAISSANCE. — Elle peut l'être soit par les père et mère, soit par le père ou la mère seulement, soit, ce qui revient au même, par leur

(1) La reconnaissance est un *fait*, un *aveu*; or, on ne peut pas détruire un *fait :* la reconnaissance est donc, de sa nature, *irrévocable*. Toutefois, on s'est demandé si cette règle s'applique à la reconnaissance qui a été faite dans un testament. La question est controversée.

PREMIER SYSTÈME. — La reconnaissance, alors même qu'elle est faite dans un testament public, c'est-à-dire dans un acte *révocable* (art. 895), est *irrévocable*. Il faut, en effet, distinguer dans un testament, d'une part, ce qui précisément le constitue, c'est-à-dire les dispositions relatives à la dévolution des biens, et, d'autre part, les clauses qui sont étrangères à son objet, telles que l'aveu d'une dette ou la reconnaissance d'un enfant naturel. Essentiellement *révocable* quant aux clauses relatives *à la dévolution des biens*, il est essentiellement *irrévocable* quant aux clauses qui, bien qu'écrites dans le testament, n'ont pourtant rien de *testamentaire*. Il y a alors deux actes bien distincts, un testament, et une reconnaissance d'enfant naturel ; deux actes, il est vrai, confondus dans le même écrit, mais séparés par leur nature et par les caractères qui leur sont propres. Le testament est *révocable*, parce que ce n'est qu'un *projet;* la reconnaissance est *irrévocable*, parce que c'est un aveu, un fait, et qu'un fait, dès qu'il existe, est indestructible. — Voy., en ce sens, MM. Dur., t. III, n° 219 ; Val., à son cours ; Aubry et Rau, t. VI, § 568 *quater*, note 2 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 181 *bis*, III (continuation de M. Dem.) ; Marc., sur l'art. 1038.

DEUXIÈME SYSTÈME. — La reconnaissance, qui, en principe, est irrévocable, est, par exception, *révocable* lorsqu'elle est faite dans un testament. Et, en effet, la reconnaissance faite dans un testament, de même que les dispositions de biens qu'il renferme, a pour fondement l'intention du testateur. Elle ne peut donc avoir que la valeur ou le caractère qu'il a entendu lui donner. Or, celui qui dépose un aveu dans un testament n'entend point lui attribuer un caractère *définitif*, *irrévocable ;* il n'entend point se lier et conférer, dès à présent, des droits contre lui. Il réserve l'avenir et sa liberté. Donc il est maître de changer sa volonté, suivant les circonstances et même à son gré : donc il peut retirer l'aveu qu'il a fait. Sans doute la reconnaissance, *une fois faite*, est irrévocable ; mais, lorsqu'elle est écrite dans un testament, et tant que le testateur est vivant, on ne peut pas dire qu'elle est faite, c'est-à-dire acquise à l'enfant, puisqu'on ne sait pas si le testateur persévérera dans sa première volonté. — Voy., en ce sens, MM. Demol., n° 455 ; Laurent, t. IV, n° 85.

mandataire muni d'un mandat spécial et authentique (art. 2 de la loi du 21 juin 1843).

Est-il nécessaire que la personne qui la fait soit capable de contracter?

Il n'est pas nécessaire que la personne qui la fait soit capable de *contracter*. Elle peut donc être faite soit par un mineur, même non émancipé, soit par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Telle est du moins l'opinion générale (1). On fait remarquer, pour la soutenir : 1° que la reconnaissance d'un enfant naturel est favorable, et qu'ainsi il ne faut pas l'entraver; 2° que la loi, qui a déterminé les conditions auxquelles elle est soumise, n'a exigé aucune capacité particulière de la part de celui qui la fait; 3° qu'elle suppose même implicitement, dans l'article 337, qu'une femme mariée peut valablement la faire à l'insu de son mari et sans aucune autorisation (voy. l'explic. de cet article) (2).

La reconnaissance faite par le père prouve-t-elle la maternité de la mère, et réciproquement?

954.— Le père ou la mère ne peut faire la reconnaissance que *pour son propre compte*. Ainsi, la mère ne peut déclarer que sa maternité; de même, le père ne peut reconnaître que sa paternité. L'article 336 se rattache à cette règle ; mais sa disposition est fort obscure. En voici le texte : « La reconnaissance du père, sans *l'indication et l'aveu de la mère,* n'a d'effet qu'à l'égard du père. »

Comment faut-il entendre la règle que « la reconnaissance faite par le père sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père?

Cette disposition n'est-elle pas bien singulière? A quoi bon prendre la peine de dire qu'un homme ne peut point, en reconnaissant sa paternité naturelle, attribuer la maternité de son enfant à telle ou telle femme qu'il lui plaît de choisir, et contre le gré de cette femme? Qui en eût jamais douté ? Notre article resterait donc inintelligible si l'historique de sa rédaction ne nous en révélait point la véritable pensée.

Suivant le projet du Code, la reconnaissance faite *par le père seulement* était destituée de toute valeur, tant que la mère ne l'avait pas confirmée, en déclarant que son enfant avait réellement été conçu par elle des œuvres de l'homme qui s'en déclarait lui-même le père. La *femme,* disait-on, peut à elle seule faire une reconnaissance valable : elle n'a, en effet, besoin d'aucun témoignage étranger pour

(1) MM. Demol., n°s 387 et 388 ; Aubry et Rau, t. VI, § 568, p. 157 et suiv. ; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 438 et suiv.

(2) Ces raisons me semblent bien faibles. Comment admettre qu'un mineur, qui est réputé n'avoir ni assez d'intelligence pour comprendre la portée de ses actes ni assez de prudence ou de fermeté pour se mettre en garde contre les entraînements auxquels il est exposé, soit, au contraire, réputé avoir assez de maturité d'esprit pour faire un acte qu'à raison de son importance, *et pour éviter toute surprise* (voy. le n° 949), la loi a pris soin de subordonner, quant à sa validité, à des conditions de forme particulières qui ne sont point en usage dans les actes ordinaires ? On répondra peut-être que précisément ces solennités protégent celui qui fait une reconnaissance contre les surprises et les entraînements irréfléchis, et qu'ainsi il n'y a point de danger à laisser aux mineurs l'exercice de ce droit. Mais à ce compte il faudrait dire, ce que personne n'admettra pourtant, que les mineurs sont assimilés aux majeurs quand ils contractent dans la forme authentique ! — Comp. M. Laurent, t. IV, n°s 38 et suiv.

être sûre de sa maternité. Il n'en est pas de même de l'homme : il peut se croire père de l'enfant et ne l'être pas. La reconnaissance qu'il fait à lui seul ne prouve donc pas suffisamment sa paternité : il a pu s'abuser et se faire illusion. Dès lors il est raisonnable de ne lui donner effet qu'autant qu'elle est confirmée par l'aveu de la mère ; autrement, le premier venu pourrait se déclarer le père d'un enfant déjà reconnu par une femme avec laquelle il n'a eu aucun rapport. Le même enfant pourrait même être reconnu par plusieurs hommes, ce qui serait scandaleux et fort embarrassant. De là la proposition de cette règle : « La reconnaissance faite par le père seul, *et non avouée par la mère,* est de nul effet, *même à l'égard du père.* »

Ce système présentait de graves inconvénients. En subordonnant la reconnaissance émanée du père à l'aveu de la mère, on s'exposait à rendre l'enfant victime de toutes les circonstances qui pouvaient empêcher la mère de donner son aveu, telles que son prédécès, sa folie, son absence, sa haine pour le père, ou enfin la crainte de se déshonorer... On proposa alors de dire que la reconnaissance faite par le père serait nulle *si elle était désavouée par la mère*. Cette proposition fut à son tour critiquée. On fit remarquer qu'il serait dangereux pour l'enfant de laisser à la mère le droit de faire tomber par son désaveu la reconnaissance du père, car ce désaveu pourrait être injuste et dicté par un ressentiment aveugle contre le père. Cette observation fut trouvée bonne. On proposa, en conséquence, cette troisième règle : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura faite. »

Tel est le système auquel on s'est définitivement arrêté et qu'on a entendu consacrer par notre article. Mais, préoccupés des propositions précédentes et des discussions auxquelles elles avaient donné lieu, les rédacteurs du Code ont cru devoir les rejeter par la phrase incidente : *sans l'indication et l'aveu de la mère,* qui se trouve dans l'article. Il faut donc le lire ainsi : la reconnaissance faite par le père, n'ayant d'effet que contre lui, n'a pas besoin, pour être valable, d'être confirmée par l'aveu de la mère (1).

La reconnaissance faite par le père peut-elle être attaquée par la mère ?

Mais, bien entendu, la mère peut attaquer cette reconnaissance en justice, et montrer par des preuves que celui qui l'a faite n'est pas le père de l'enfant (voy. les nos 960-3° et 961-2°).

Art. 337.

Quels enfants peuvent être reconnus ?

955. — III. QUELS ENFANTS PEUVENT ÊTRE RECONNUS, ET A QUELLE ÉPOQUE ILS PEUVENT L'ÊTRE. — La loi ne permet pas la reconnaissance des enfants conçus d'un commerce *incestueux* ou *adultérin*. Elle a pensé, sans doute, qu'il ne devait pas être permis à ceux dont la paternité ou la maternité est un crime, de révéler au pu-

(1) Comp. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 142 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 436 et suiv. ; Marc., sur l'art. 336 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; MM. Demol., nos 383 et 384 ; Aubry et Rau, t. VI, § 568 *bis*, p. 171, note 27 ; Laurent, t. IV, nos 27 et suiv.

blic l'impureté de leur commerce : cette révélation serait une insulte aux bonnes mœurs. Ainsi, toute reconnaissance d'un enfant naturel incestueux ou adultérin est nulle ; l'officier de l'état civil doit même refuser de la recevoir, lorsque la personne qui se présente pour la faire avoue la source honteuse de sa paternité ou de sa maternité.

956. — Nous verrons pourtant, dans l'article 762, que les enfants adultérins ou incestueux peuvent réclamer des aliments de leurs père et mère, ce qui suppose nécessairement que leur filiation, quoique adultérine ou incestueuse, peut être juridiquement établie, prouvée. Une antinomie existe donc entre l'article 762 et notre article 335 (voy., sur ce point, l'explic. de l'art. 762).

L'art. 762 ne suppose-t-il pas cependant que la filiation adultérine ou incestueuse peut être légalement prouvée ?
Comment donc peut-elle l'être ?

957. — Les enfants *naturels simples* sont les seuls qui puissent être reconnus.

Ils peuvent l'être, non seulement lorsqu'ils sont déjà nés et vivants, mais encore :

1° *Lorsqu'ils ne sont que conçus* : car la reconnaissance, simple aveu d'un fait, est, par sa nature même, et quant aux effets qu'elle est destinée à produire, essentiellement indépendante de l'époque où elle a eu lieu (voy. l'explic. de l'art. 337). Il faut bien, d'ailleurs, dans l'intérêt de l'enfant, laisser à la mère, qui craint de mourir dans les douleurs de l'enfantement, ou que la mort peut surprendre, la faculté de le reconnaître avant sa naissance ;

Les enfants qui ne sont encore que conçus peuvent-ils être reconnus ?

2° *Même après leur mort, lorsqu'ils ont laissé des enfants légitimes* (art. 332). — Faut-il décider de même dans l'hypothèse inverse ? En d'autres termes, lorsqu'un enfant naturel *qui n'a point laissé d'enfants légitimes* est reconnu *après son décès,* cette reconnaissance est-elle valable ? Donne-t-elle aux père et mère qui l'ont faite le droit de succéder à leur enfant (art. 765) ? La question est controversée.

Les enfants naturels peuvent-ils être reconnus après leur mort ?

958. — Premier système. — L'enfant naturel décédé sans postérité légitime ne peut pas être *légitimé* après son décès (art. 332). Donc il ne peut pas être *reconnu* après la même époque : car, au fond, la reconnaissance est aussi une légitimation, imparfaite sans doute, puisqu'elle n'élève point au rang des enfants légitimes l'enfant en faveur duquel elle est faite, mais enfin une légitimation, puisqu'elle attribue à l'enfant reconnu une *portion des droits que procure la* légitimité (art. 757). La loi n'a pas pu prendre sous sa protection le honteux calcul de ces père et mère qui, après avoir délaissé leur enfant pendant sa vie, ne songent à le reconnaître que dans la vue de recueillir ses biens !

Ce n'est pas, d'ailleurs, dans l'intérêt des père et mère qu'a été organisée la théorie de la reconnaissance. Si la loi leur confère le droit de succéder à l'enfant qu'ils reconnaissent, c'est uniquement afin de les déterminer, par la considération de ce droit de successibilité, à remplir les devoirs que leur paternité ou leur maternité leur impose. Elle n'a considéré, en cette matière, que l'*intérêt de*

l'enfant! La reconnaissance est donc nulle, nulle faute d'objet, quand elle ne peut pas lui être utile. A quoi bon, en effet, révéler la faute des père et mère? il est bien plus sage de la laisser dans l'oubli où l'a mise la mort de l'enfant (1)!

959. — Deuxième système. — La loi n'a subordonné la validité de la reconnaissance à aucune condition *de temps;* elle n'a fixé aucun délai : donc elle peut être valablement faite *à toute époque.*

Si l'article 332 n'autorise point la légitimation des enfants naturels *décédés sans postérité légitime*, c'est que cette légitimation serait absolument inutile, d'une part, à l'enfant, puisqu'il est décédé, et, d'autre part, à ses père et mère, parce que la reconnaissance d'un enfant naturel qui n'a pas d'enfant leur donne les mêmes droits que la légitimation. La reconnaissance, au contraire, leur est utile; elle a alors un objet, puisqu'elle procure à ceux qui la font le droit de succéder à leur enfant décédé : elle peut donc avoir lieu, puisque la loi ne le défend pas!

Le droit de successibilité est attaché, d'ailleurs, non pas à la reconnaissance, mais *au lien de parenté* existant entre l'enfant et ses père et mère. La reconnaissance n'est que la preuve de cette parenté. Dès lors, qu'importe le jour où elle intervient? il suffit qu'elle existe?

Qu'on ne dise pas que ce rapport de parenté ne peut pas être établi, lorsque l'une des personnes entre lesquelles il existe est décédée! Est-ce que l'enfant ne serait pas admis à rechercher la maternité, même après la mort de sa mère?

Il est vrai que la reconnaissance d'un enfant naturel décédé sans enfants légitimes ne sera, bien souvent, qu'une spéculation honteuse; mais il ne nous appartient pas de réformer l'œuvre de la loi. La reconnaissance posthume peut d'ailleurs être excusable : il se peut, en effet, qu'elle ait été retardée par des événements indépendants de la volonté des père et mère, par exemple, par une absence ou une affection mentale. Elle est même irréprochable lorsqu'elle a été faite dans l'ignorance du décès (2).

Art. 339.

960. — IV. Du droit qu'a toute personne intéressée d'attaquer et de faire tomber la reconnaissance, en prouvant soit qu'elle est nulle, soit qu'elle est contraire a la vérité. — Nous distinguerons, quant à ce droit : 1° le cas où la reconnaissance est *nulle*; 2° le cas où elle est *annulable;* 3° le cas où, sa *validité* étant admise, c'est sa *sincérité* qui est mise en question.

Dans quels cas la reconnaissance est-elle *nulle ?*
Quelles personnes alors peuvent en demander la nullité?

1° Lorsqu'elle est *nulle,* soit parce qu'elle n'a pas été faite en la forme *authentique,* soit parce que son auteur était en état de démence au moment où il l'a faite, elle n'existe pour personne, pas même pour son auteur. Quiconque a intérêt à l'écarter a, par cela

(1) Voy., en ce sens, Dur., t. III, n° 265 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 568, p. 163 et 164.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 150 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 430 ; Demol., n° 416 ; Laurent, t. IV, n° 43.

même, qualité pour en faire prononcer la nullité. Cette nullité est d'ailleurs imprescriptible, elle peut être proposée à toute époque.

2° Lorsqu'elle est *annulable* pour cause de dol ou de violence, son auteur ou les héritiers de celui-ci peuvent la faire tomber *sans être obligés* de prouver qu'elle est contraire à la vérité; il leur suffit d'établir qu'elle est le résultat d'un dol ou d'une violence. L'action qui leur est accordée à cet effet est *temporaire :* elle se prescrit, suivant les uns, par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262); suivant d'autres, par dix ans, à compter de la cessation de la violence ou de la découverte du dol, conformément à l'article 1304.

Dans quels cas est-elle simplement *annulable?*

Quelles personnes alors peuvent la faire annuler?

Ils peuvent, au reste, renoncer à leur action, soit expressément, soit tacitement, auquel cas la reconnaissance, purgée du vice qui l'infectait, se trouve avoir la même valeur que si elle eût été valable *ab initio* (art. 1338).

3° Lorsqu'elle est *valable,* c'est-à-dire lorsqu'elle a été faite par une personne ayant qualité à cet effet, et dans la forme authentique, *toute personne intéressée* peut, *en tout temps* (car l'action en contestation d'état est imprescriptible), prétendre qu'elle n'est point *sincère,* et la faire tomber en prouvant que son auteur n'est point le père ou la mère de l'enfant. Cette preuve peut être faite par toute espèce de moyens, par titres, par témoins, et même par de simples présomptions (voy. la *Form.* 119).

Peut-elle être attaquée lorsqu'elle est valable?

Sous quel rapport peut-elle être attaquée?

961. — Les personnes intéressées à contester la sincérité de la reconnaissance peuvent être :

Quelles personnes ont intérêt à contester sa sincérité?

1° *L'enfant qui a été reconnu,* car la reconnaissance peut lui attribuer un état qui n'est pas le sien. Il pourra donc l'écarter, non pas, bien entendu, en refusant de l'accepter, car la reconnaissance est indépendante de sa volonté, mais en prouvant qu'il n'est point issu de la personne qui l'a reconnu;

2° *Les autres personnes qui l'ont reconnu.* Ainsi, la femme qui a déjà reconnu ou qui reconnaît son enfant est recevable à contester la reconnaissance qu'en a faite l'homme qui s'en est déclaré le père; et, réciproquement, l'homme qui a reconnu sa paternité a qualité pour prétendre que son enfant n'est point celui de la femme qui s'en est reconnue la mère. Dans l'un et l'autre cas, chacune des deux parties peut avoir un intérêt légitime à écarter la reconnaissance de l'autre : on conçoit, en effet, qu'une jeune fille, par exemple, est moralement intéressée à ne pas rattacher sa maternité à la paternité du premier venu.

962. — Lorsque l'enfant a été reconnu par plusieurs hommes ou par plusieurs femmes, chacun d'eux ou chacune d'elles a qualité pour contester la reconnaissance des autres, afin de consolider la sienne. En présence de ce conflit, les juges pèsent, dans leur sagesse, les preuves qui sont fournies de part et d'autre.

Mais que décider, si aucune de ces reconnaissances n'est contestée? Suivant quelques personnes, l'enfant peut, dans ses rap-

Que peut faire l'enfant qui a été reconnu

par plusieurs hommes ou plusieurs femmes?

ports avec chacun de ceux qui l'ont reconnu, exercer les droits attachés à sa qualité d'enfant naturel. — Dans un autre système, l'enfant n'a que le droit de choisir parmi eux celui auquel il entend rattacher sa filiation.

La reconnaissance peut-elle être contestée par la personne qui l'a faite?

963. — La reconnaissance peut-elle être contestée *même par son auteur?* Peut-il être admis à prouver que l'enfant qu'il a reconnu n'est point issu de lui? J'admettrais la négative. Que dit, en effet, l'article 339? Que la reconnaissance faite *par le père ou par la mère* peut être contestée par toute personne intéressée! Donc le droit de la contester n'appartient qu'aux personnes intéressées *autres que le père ou la mère qui l'a faite* (1).

Peut-elle l'être par les héritiers de cette personne?

964. — Enfin on s'est demandé si elle peut être contestée par les héritiers ou les successeurs de son auteur.

La négative semble bien fondée. Les héritiers ou successeurs ne peuvent, en cette qualité, faire que ce que le défunt aurait pu faire lui-même; or, dans l'espèce, le défunt dont ils tiennent la place n'aurait pas été reçu à contester la reconnaissance : donc, etc...

Cependant l'affirmative est généralement suivie. On raisonne ainsi : Il est bien vrai qu'en principe les héritiers ou successeurs n'ont, en cette qualité, que les droits qu'avait le défunt; mais le principe souffre des exceptions. Les héritiers ont quelquefois des droits qui naissent dans leur personne, que la loi leur confère directement. Or, c'est précisément ce qui a lieu dans notre espèce : l'article 339 confère, en effet, *à toutes personnes intéressées* le droit de contester la reconnaissance; et, parmi celles qui ont un intérêt marqué à la faire tomber, figurent au premier rang les héritiers de la personne qui l'a faite.

Art. 340 et 341.

L'enfant qui n'a pas été reconnu est-il admis à rechercher sa filiation du côté de son père ?

Pourquoi la recherche de la paternité est-elle défendue

965. — Second mode de preuve. — Preuve par témoins. — A défaut d'un acte de reconnaissance, l'enfant peut, dans certains cas, et sous certaines conditions, former contre ceux dont il se prétend issu une demande en justice, à l'effet de prouver sa filiation. Cette action s'appelle : *recherche de la paternité* ou *de la maternité* (voy. la *Form.* 120).

La paternité *légitime* peut être prouvée au moyen d'un signe légal, c'est-à-dire par la présomption *pater is est*..... La paternité *naturelle,* au contraire, est absolument incertaine : car il n'existe, pour la reconnaître, ni signe *matériel*, ni signe *légal.* De là cette règle : *La recherche de la paternité est interdite.* La règle contraire, admise dans notre ancienne jurisprudence, permit à d'audacieux intrigants de s'introduire, à l'aide de preuves frauduleuses, dans les familles les plus honorables. Ce scandale fut tant de fois répété qu'on finit par considérer *la recherche de la paternité* comme *le fléau de la société.* Le Code a mis fin à ces honteuses spéculations.

(1) *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 568 *ter*, p. 179, notes 26 et 31 ; Laurent, t. IV, n° 78.

Ainsi, la règle que *la recherche de la paternité naturelle est défendue* repose : 1° sur la difficulté et l'incertitude des preuves à fournir, 2° sur le scandale qui en résulterait.

966. — Toutefois, une exception a été faite : la recherche de la paternité est admise « dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception de l'enfant. » Cette coïncidence entre l'enlèvement de la mère et la conception de l'enfant ne prouve point par elle-même, et par elle seule, la paternité du *ravisseur;* elle donne seulement aux juges la *faculté* de le déclarer père de l'enfant, sur la demande des parties intéressées (l'enfant, ses héritiers ou même sa mère) (1), et d'après les circonstances.

N'est-elle pas permise dans un cas particulier

La preuve de l'enlèvement et des circonstances qui l'ont accompagné ou suivi est recevable *de plano*, c'est-à-dire indépendamment d'un commencement de preuve par écrit; elle peut être faite par toute espèce de moyens, par titres, par témoins et même par de simples présomptions (art. 1348 et 1353 combinés).

Quelles preuves l'enfant peut-il invoquer alors?

967. — A la différence de la *paternité* naturelle, qui est absolument incertaine, la *maternité* a des signes matériels auxquels on peut la reconnaître : il serait, en effet, difficile d'égarer la justice sur les faits extérieurs et positifs de la grossesse et de l'accouchement. De là la règle : *La recherche de la maternité est admise.*

La recherche de la maternité est-elle admise? Pourquoi l'est-elle

L'enfant qui recherche la maternité doit prouver : 1° l'accouchement de la femme dont il se dit issu; 2° son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette double preuve peut être faite *par témoins*.

Que doit prouver l'enfant qui recherche la maternité

Mais ici, de même que pour la filiation légitime, la preuve testimoniale n'est pas admissible *de plano*.

Peut-il, dans tous les cas recourir à la preuve testimoniale?

On sait que la filiation *légitime* ne peut être établie par témoins que dans deux cas : 1° lorsqu'il existe *un commencement de preuve par écrit;* 2° lorsqu'il existe *des indices graves, dès lors constants, qui rendent vraisemblable la prétention de l'enfant.*

Quant à la filiation *naturelle,* la loi s'est montrée plus sévère encore : elle ne tolère l'emploi de la preuve testimoniale que dans un seul cas, celui où l'enfant est muni *d'un commencement de preuve par écrit* qui rend vraisemblable sa prétention. *Des indices*, si graves et si nombreux qu'ils fussent, ne suppléeraient point le commencement de preuve par écrit.

La loi le traite-t-elle sous ce rapport, aussi favorablement que l'enfant légitime?

Cette différence entre les deux espèces de filiation a sa raison d'être : la loi s'est montrée moins exigeante pour la filiation légitime que pour la filiation naturelle, parce que, tandis que l'une

Quelle est la cause de cette différence?

(1) Quelques personnes pensent que, par la généralité de ces termes : « sur la demande *des parties intéressées*, » la loi a voulu montrer que la paternité peut, dans le cas dont il s'agit, être recherchée non seulement par l'enfant ou ses héritiers, mais encore par les héritiers du ravisseur, à l'effet de faire réduire, conformément à l'art. 908, les libéralités excessives qu'il a faites à son enfant (M. Val., à son cours).

n'a rien que d'honorable pour la famille, l'autre y porte le déshonneur (1).

Quelles personnes ont le droit d'intervenir dans l'instance et de combattre la prétention de l'enfant?

968. — Il est bien entendu que toute personne qui aurait intérêt à contester une reconnaissance volontaire (voy. les nos 960 à 964) serait par là même, *de plano,* recevable à intervenir dans l'instance en recherche de la paternité ou de la maternité, afin de combattre par des preuves contraires celles que fournit l'enfant à l'appui de sa prétention.

L'action en recherche de la maternité est-elle imprescriptible? — Est-elle transmissible aux héritiers? —Dans quels cas et sous quelles conditions l'est-elle?

969. — L'action en recherche de la maternité ou de la paternité naturelle est-elle imprescriptible? est-elle transmissible aux héritiers? et, si l'on admet l'affirmative, dans quels cas et sous quelles conditions l'est-elle? quels tribunaux sont compétents pour en connaitre? Sur tous ces points, la loi est muette. Mais il est généralement admis que les dispositions relatives à la filiation *légitime* sont applicables à la filiation *naturelle*, toutes les fois que la loi n'y a point expressément ou implicitement dérogé. Ainsi, les articles 326 et 327, qui fixent la compétence du tribunal dans les questions de paternité et de maternité; l'article 328, qui déclare imprescriptible l'action en réclamation d'état; les articles 329 et 330, qui déterminent les conditions de sa transmissibilité aux héritiers, régissent la filiation naturelle, de même que la filiation légitime.

Art. 342.

La loi permet-elle la recherche de la paternité et de la maternité adultérine ou incestueuse?

970. — Le Code n'admet, en aucun cas, la révélation de la filiation *adultérine* ou *incestueuse :* de même qu'il ne permet point de l'établir par une reconnaissance volontaire (art. 335), de même il défend de la rechercher en justice. Ainsi, toutes les fois que la prétention de l'enfant tend à la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse, et que le caractère de son action se trouve révélé

(1) Des auteurs signalent une seconde différence. Aux termes de l'art. 1347, on ne peut admettre comme commencement de preuve que les actes émanés du défendeur ou de celui qu'il représente ; en matière de *filiation légitime,* on admet comme pouvant servir à ce titre, non seulement les actes émanés du défendeur, mais encore les actes émanés d'un tiers qui, s'il était vivant, aurait un intérêt opposé à celui de l'enfant. Or, l'art. 1347, c'est le *droit commun ;* l'art. 324, c'est l'*exception*, exception qui se justifie par la faveur due à la filiation légitime : donc il est inapplicable à la filiation naturelle. Ainsi l'enfant naturel qui recherche la maternité ne peut être admis au bénéfice de la preuve testimoniale qu'autant qu'il produit un commencement de preuve écrite *émané de sa mère* (MM. Aubry et Rau, t. VI, § 570, note 18 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 341 ; Demol., n° 503). — Je n'admets pas cette solution. La loi n'a pas pu, en parlant deux fois dans le même Titre, dans un Titre spécial, du commencement de preuve par écrit, lui donner deux sens différents ; autrement, elle aurait pris le soin de s'en expliquer, et c'est ce qu'elle n'a pas fait. Si elle n'a point, dans l'art. 341, défini le commencement de preuve par écrit, c'est qu'elle a jugé inutile cette définition ; et si elle l'a jugée inutile, c'est qu'à ses yeux l'art. 324 s'applique à la filiation *naturelle* comme à la filiation *légitime.* On ne peut pas dire, d'ailleurs, que l'art. 324 déroge au droit commun, puisqu'à l'époque où il a été fait, l'art. 1347 n'existant pas, il n'y avait pas de droit commun, ou plutôt le droit commun c'était l'art. 324. (M. Val., à son cours. Voy. aussi M. Hérold, *Thèse de doctorat*, p. 114, et M. Bonnier, *traité des preuves*, 4e édition, t. I, n° 219.)

par les circonstances de la cause, le tribunal ne doit point lui permettre de pousser plus loin l'instance; il écarte sa prétention sans aucun examen.

971. — Troisième mode de preuve. — Possession d'état. — Notre chapitre ne rappelle point ce troisième mode de preuve. De là la question de savoir si la possession d'état, qui prouve la filiation *légitime* (art. 320), prouve également la filiation *naturelle*? Trois systèmes sont en présence.

La possession d'état qui sert à prouver la filiation légitime, prouve-t-elle également la filiation naturelle?

972. — Premier système. — *La possession d'état d'enfant naturel ne peut point servir à prouver la paternité, parce qu'aux termes de l'article* 340, *la recherche de la paternité est défendue. Elle peut, au contraire, par elle seule et indépendamment d'un commencement de preuve écrite, prouver la maternité : car, à la différence de la recherche de la paternité, la recherche de la maternité est permise* (art. 341) (1).

Je ne suivrai point ce système; la distinction sur laquelle il repose me semble purement arbitraire. Et, en effet, de ces deux choses l'une : ou la prétention de l'enfant qui invoque sa possession d'état pour établir sa filiation constitue une *recherche judiciaire* de sa filiation, ou la possession d'état est *une reconnaissance tacite* qui, en suppléant la reconnaissance expresse et authentique, rend inutile et sans objet la *recherche* de la filiation. Au premier cas, la possession d'état ne peut prouver ni la *paternité,* parce que la *recherche* en est défendue (art. 340), ni la *maternité,* parce que la *recherche* n'en est permise que sous la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit (art. 341). Au second cas, elle fait par elle-même et par elle seule, *de même que la reconnaissance authentique,* preuve de la maternité et de la paternité.

973. — Second système. — *La possession d'état, de même que la reconnaissance authentique, et indépendamment d'un commencement de preuve écrite, doit être admise comme preuve de la filiation naturelle, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère.* — Et, en effet :

1° La reconnaissance *expresse* et par acte authentique constitue un mode de preuve applicable tant à la paternité qu'à la maternité (art. 334). La possession d'état est aussi une reconnaissance, *tacite,* il est vrai, mais *plus énergique, plus probante* encore que la reconnaissance authentique, puisqu'elle se compose d'*une série d'aveux* renouvelés chaque jour, publiquement, en présence de la famille et de la société. L'une, la reconnaissance *tacite,* n'a pas pu naître d'un *entraînement* ou de l'*irréflexion*, puisqu'elle a été *réitérée* et *persévérante;* l'autre, la reconnaissance *expresse,* au contraire, a pu être *surprise,* puisqu'il a suffi d'un moment pour la faire. La première prouve l'*identité* de l'enfant (voy. le n° 909);

(1) Delv., t. I, p. 90 ; Proud., t. II, p. 143; Dur., t. III, n° 238 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, sur l'art. 341 ; Bonn., *Traité des preuves*, t. I, nos 216 et suiv. *Rev. prat.*, t. I, p. 347 et suiv.

la seconde ne la prouve pas (voy. le n° 948). Or, si la possession d'état, aveu réitéré, persévérant, réfléchi et public, de la paternité ou de la maternité, a une force probante plus grande que l'aveu spontané, ouvrage d'un moment, qu'on appelle la *reconnaissance expresse,* pourquoi ne pas lui attribuer le même effet?

2° La possession d'état prouve la filiation *légitime,* tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère : donc, *a fortiori,* elle fait preuve de la paternité ou de la maternité *naturelle!* car, on le conçoit, l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état a plus de force en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation légitime, puisque, pour accomplir les devoirs de paternité ou de maternité naturelle, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute même (M. Bonn., *Traité des preuves*, t. I, n° 216).

3° Si la loi a prohibé la recherche de la paternité, c'est uniquement parce que les preuves à fournir donnent lieu à des débats pleins de *scandale* et d'*incertitude;* or, lorsque l'enfant fonde sa prétention sur sa possession d'état, quel scandale y a-t-il à craindre? Aucun! Quelle incertitude à redouter? Aucune! car il ne s'agit point de savoir si tel homme a eu ou non des relations intimes avec la mère de l'enfant; si ces relations ont ou non existé à l'époque où l'enfant est présumé avoir été conçu ; si la mère a eu ou non des relations de même nature et dans le même temps avec un autre homme : l'enquête à faire porte simplement sur la question de savoir si tel homme a ou non donné des soins à l'enfant, s'il l'a élevé, nourri et établi, s'il lui a donné son nom. Ainsi, point de scandale, point d'incertitude. Quelle raison y aurait-il donc d'exclure, dans l'espèce, la prétention de l'enfant?

4° Lorsque la mère s'est soigneusement cachée, qu'elle a pris toutes les précautions possibles pour ensevelir dans le plus profond mystère le secret de sa faute, son enfant, pourvu qu'il ait un commencement de preuve écrite, est admis à rechercher la maternité, c'est-à-dire à prouver l'accouchement de la femme dont il se dit issu et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée; son action, quoique pleine de scandales, de difficultés et d'incertitudes, est recevable; il lui est permis de soulever des débats propres à porter le désespoir dans le cœur de sa mère et le déshonneur dans sa famille! Rien ne peut empêcher cette recherche si profondément déplorable!

Par quelle étrange bizarrerie la même loi refuserait-elle à l'enfant qui n'a point de commencement de preuve écrite, mais que la mère a élevé publiquement, auquel elle a donné son nom, qu'elle a partout présenté comme son enfant, qui est connu et accepté comme tel dans la société et dans sa famille, le droit d'établir sa filiation par la possession qu'il en a, c'est-à-dire de revendiquer une filiation connue, avouée, certaine, consacrée par une preuve toute faite et exempte de scandale? comment admettre qu'elle ait dédaigné des preuves faciles et manifestes, pour se

mettre laborieusement en recherche des preuves les plus scandaleuses et les plus incertaines? Elle n'a pas pu être inconséquente à ce point!

5° Dans le projet du Code, la possession d'état ne faisait point preuve complète de la filiation; elle n'avait d'autre effet que de rendre admissible la preuve testimoniale; en d'autres termes, elle suppléait le commencement de preuve par écrit. M. Portalis critique cette disposition : « Mais, dit-il, la possession d'état, *c'est l'évidence même! c'est de tous les titres le plus puissant!* il serait absurde de la présenter comme un *simple commencement de preuve,* puisqu'elle est *la plus complète de toutes les preuves.* » Sur cette observation, la partie de l'article où se trouvait énoncée la règle que la possession d'état peut servir de commencement de preuve, à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale, fut effacée, par ce motif péremptoire, que la possession d'état, étant le plus puissant de tous les titres, fait preuve complète de la filiation. N'est-ce pas, implicitement il est vrai, mais après tout très clairement, dire que la possession d'état a, même en matière de filiation naturelle, toute la force probante d'un titre?

6° Il est vrai que la *recherche* de la paternité est défendue (art. 340); que la *recherche* de la maternité n'est permise que sous la condition préalable d'un commencement de preuve écrite (art. 341). Mais, dans l'espèce, il ne s'agit point, pour l'enfant, de *rechercher* sa filiation : elle est avouée, certaine et incontestable! On ne *recherche* pas ce que l'on possède! Assurément personne ne soutiendra que l'action par laquelle l'enfant fonde sa filiation sur une reconnaissance authentique qu'il représente, mais dont on conteste l'existence, constitue une recherche de la paternité; or, notre espèce est absolument la même. L'enfant qui a pour lui la possession d'état n'a pas besoin de *rechercher* quel est son père et quelle est sa mère. Son père et sa mère sont connus; ils se sont eux-mêmes fait connaître. Il demande donc simplement que l'on vérifie, et que l'on constate leur aveu.

Autre chose est *une preuve à faire*, autre chose *une preuve déjà faite;* et il est si vrai que celui qui possède son état n'a pas à le rechercher, que la loi du 12 brumaire an II admettait la possession d'état comme preuve de la paternité naturelle, bien qu'elle défendît d'ailleurs la recherche de la paternité.

7° Sans doute le Code n'a parlé de la possession d'état que dans le chapitre *de la filiation légitime*, et il ne l'a point rappelée dans le chapitre *des enfants naturels*. Mais pourquoi? par une raison décisive! C'est que la loi a fait le chapitre *des enfants naturels* dans le but à peu près exclusif d'indiquer, parmi les règles de la filiation légitime, *celles qui ne sont pas applicables à la filiation naturelle,* voulant ainsi faire comprendre que les points qu'elle passe sous silence dans le chapitre III (le chapitre *Des enfants naturels*), doivent être réglés par les dispositions du chapitre II (le chapitre *De la filiation légitime*).

Ainsi, elle a parlé de la preuve résultant d'un *titre* (art. 334), afin de montrer la différence qu'elle établit, à cet égard, entre la filiation légitime et la filiation naturelle (voy. le n° 846). Elle s'est expliquée sur l'admission de la preuve *testimoniale* (art. 341), parce qu'elle l'a rigoureusement subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, tandis qu'en matière de filiation légitime le commencement de preuve écrite peut être suppléé par des indices graves (art. 323). Enfin elle a pris soin de dire expressément que la recherche de la paternité *naturelle* est défendue, parce qu'à l'inverse la recherche de la paternité *légitime* est permise. Quant aux points auxquels elle ne touche pas, elle s'en réfère implicitement aux règles du chapitre II. C'est ainsi qu'on applique à la filiation naturelle tout ce que la loi dit de la filiation légitime dans les articles 328 à 330 (voy. le n° 969). Il en est de même de la possession d'état. La loi n'en a pas parlé, au chapitre *de la filiation naturelle,* parce que, dans sa pensée, elle est applicable à cette espèce de filiation, de même qu'à la filiation légitime. Autrement, elle s'en fût expliquée, puisqu'en rejetant la possession d'état, elle eût dérogé, tout à la fois, et au chapitre II, et même au droit commun, suivant lequel le droit dont on a la possession est présumé, jusqu'à preuve contraire, exister réellement. Elle l'eût fait d'autant plus que, lorsqu'elle n'admet point, dans les questions d'état, la possession comme preuve, elle a le soin de s'en expliquer formellement (voy. l'art. 195) (1).

974. — Troisième système. — *La possession d'état ne prouve ni la paternité, car la recherche de la paternité est défendue,* ni même la maternité, *lorsqu'il n'existe point un commencement de preuve écrite, car la recherche de la maternité n'est permise que sous cette condition.*

1° La loi a pris soin d'organiser, dans deux chapitres différents, la preuve de la filiation *légitime* et la preuve de la filiation *naturelle.* Dans le premier, elle admet trois modes de preuve : le titre, la possession d'état et la preuve testimoniale. Dans le second, elle n'en admet expressément que deux, le titre et la preuve testimoniale ; elle n'a rien dit de la possession d'état. Donc la possession d'état n'est pas applicable à la filiation naturelle.

Il est vrai que les dispositions relatives à la filiation *légitime* sont applicables à la filiation *naturelle,* lorsque la loi ne les a écartées ni expressément ni tacitement ; en d'autres termes, que *les lacunes* du chapitre III se comblent par les dispositions du chapitre II. Mais, dans notre espèce, *il n'y a point de lacune :* la loi a

(1) Ce système appartient tout entier à M. Demolombe (nos 477 et s.), qui l'a soutenu et développé avec un rare talent. Il a été depuis accepté et professé par MM. Valette (*(Explic. somm.,* p. 185) et Oudot. — Voy., dans le même sens, MM. Merville, *Rev. de droit franç. et étrang.*, 1845, p. 889 ; Ballot, même *Revue*, 1849, p. 822 ; Herold, *Revue pratique*, 1856, t. I, p. 204, et t. II, p. 145 ; Lafontaine, *Revue critique*, 1860, t. XVII, p. 97. — Comp. M. Valette, *Cours de C. civ.*, t. I, p. 450 et suiv.

organisé, sur la preuve de la filiation naturelle, un système *complet qui se suffit à lui-même ;* tout a été prévu et réglé. Il n'est donc point permis d'aller puiser ailleurs des règles qui ne rentrent point dans cette organisation.

Ajoutons que les rédacteurs, qui n'avaient d'abord attribué à la possession d'état d'enfant naturel d'autre effet que de suppléer l'absence d'un commencement de preuve écrite, et, par suite, de rendre admissible la preuve testimoniale (voy. le n° 973, 5°), ne pouvaient pas songer à l'élever au rang d'une preuve *complète,* et indépendante d'un commencement de preuve écrite.

2° Les travaux préparatoires du Code montrent clairement que, si ces rédacteurs n'ont point parlé, dans le chapitre *des enfants naturels,* de la preuve par la possession d'état, c'est qu'ils n'ont pas entendu l'appliquer à la filiation naturelle. M. Portalis a fait effacer la disposition par laquelle la possession d'état était considérée comme *un simple commencement de preuve* à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale ; il l'a fait effacer, par cette raison que la possession d'état, étant une preuve *complète*, ne pouvait pas être traitée, présentée, comme une *semi-preuve* (voy. le n° 973, 5°). Mais il n'a pas entendu par là dire que la possession d'état pourrait être prouvée par témoins, *même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit.* Il a fait remarquer, et son observation est juste, que la possession d'état, *lorsqu'elle est prouvée,* est une preuve complète de la filiation. Mais *comment* et *sous quelle condition* sera-t-elle prouvée ? Il ne s'est point expliqué sur ce point ; on ne l'a même pas discuté. Il faut donc le régir par la règle posée dans notre article, à savoir que la preuve de la maternité n'est admise que dans le cas où il existe un commencement de preuve écrite.

La pensée du Code est celle-ci : La paternité naturelle (sauf le cas exceptionnel prévu par l'art. 340) ne peut se prouver que *par écrit,* c'est-à-dire par une reconnaissance en forme authentique ; hors de là, point de recherche de la paternité. La maternité peut se prouver, soit par une reconnaissance écrite dans un acte authentique, soit, à défaut de cet acte, par témoins ; mais seulement dans le cas où il existe un commencement de preuve écrite. La nécessité d'une preuve écrite est la sauvegarde des familles : car, si la possession d'état pouvait être prouvée par témoins alors qu'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit, un aventurier, qui saurait, par exemple, que l'enfant auquel la possession d'état se réfère est décédé, pourrait, à l'aide de faux témoins, prouver son identité avec cet enfant. Qui l'empêcherait même de prouver, par la même voie, une possession d'état qui n'a peut-être jamais existé ? L'honneur des familles ne serait plus en sûreté !

Telle est l'idée qu'exprimait, au Corps législatif, M. Bigot-Préameneu. « La paternité, disait-il, ne pourra jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance.

« On a cru devoir (quant à la maternité) prendre des précau-

tions contre le genre de preuve qui pourra être admis. Si la crainte des vexations et de la diffamation faisait rejeter la recherche de la maternité, ce serait pour les femmes un malheur plus grand que si leur honneur pouvait être compromis *par quelques témoins complaisants ou subornés.* On ne présume point qu'un enfant ait été mis au monde sans qu'il y ait, *par écrit*, quelques traces soit de l'accouchement, soit *des soins donnés à l'enfant.* »

3° La *recherche* de la paternité (sauf un cas exceptionnel) est rigoureusement défendue ; la *recherche* de la maternité n'est admise que sous la condition d'un commencement de preuve *par écrit.* Or, l'action de l'enfant qui prétend avoir pour père tel homme, ou pour mère telle femme, et qui, pour établir ce qu'il affirme, demande à prouver par témoins une possession d'état conforme à sa prétention, constitue réellement une *recherche* de la paternité ou de la maternité. Donc elle doit être nécessairement écartée dans le premier cas ; donc elle doit l'être aussi dans le second, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit !

Cette action, disons-nous, constitue une véritable *recherche* de la paternité ou de la maternité ; et, en effet, qu'est-ce que *rechercher* la paternité ou la maternité, si ce n'est agir en justice pour établir sa filiation, dans un débat contradictoire et à l'aide de la preuve par témoins ? Or, c'est précisément ce qui a lieu dans l'espèce. L'enfant invoque une possession d'état qu'on lui conteste : il faut donc qu'il la prouve, et qu'il la prouve par témoins. Ne sont-ce pas là tous les caractères d'une recherche proprement dite de la filiation ?

Sans doute il n'y a point recherche de la filiation lorsque l'enfant fonde sa prétention sur un acte authentique de reconnaissance. Il n'y a point *recherche* dans ce cas, parce qu'il n'y a point à établir ce qui est certain, à prouver ce dont il existe déjà une preuve toute faite. L'enfant peut dire : « Je ne recherche point, c'est-à-dire je ne demande point à prouver ma filiation ; ma preuve est depuis longtemps faite ; elle est là ; je la tiens dans ma main ; la voici ! » Les adversaires peuvent contester l'acte de reconnaissance, prétendre qu'il est faux ; mais cette attaque ne fait point, par elle seule, tomber la force probante de l'acte : étant authentique, il est présumé vrai, tant que sa fausseté n'est pas judiciairement démontrée. L'enfant n'a rien à prouver, c'est à ses adversaires à prouver contre lui ; et c'est précisément ce qui fait que sa demande n'est point, à proprement parler, une recherche de filiation.

Il n'en est plus de même à l'égard de l'enfant qui fonde sa demande sur une possession d'état dont il faut qu'il fasse preuve par témoins. Il ne peut pas dire : « Ma preuve, elle est toute faite, » car il faut qu'il produise des témoins. Il ne peut pas dire : « Je ne recherche point ma filiation, puisque ma filiation est certaine. » Et, en effet, elle n'est point certaine, elle n'est pas

encore prouvée, puisqu'il faut recourir à une enquête pour l'établir (1).

§ II. *Des effets de la filiation naturelle prouvée.*

Art. 338.

Quels sont les effets de la filiation naturelle prouvée ?

Rattache-t-elle l'enfant aux parents de ses père et mère ?

975. — I. La reconnaissance établit un lien civil de parenté entre l'enfant et la personne qui l'a reconnu. Ce lien de parenté ne rattache point l'enfant aux parents de son père ou de sa mère. La famille d'un enfant naturel est, par conséquent, bien peu nombreuse. Elle peut comprendre, au plus : 1° son père; 2° sa mère; 3° ses propres descendants. Il n'a point d'*aïeuls* ou *aïeules;* il n'a point de *collatéraux* (voy. l'explic. de l'art. 756).

Les effets de la reconnaissance n'ont-ils trait qu'au lien de parenté qu'elle établit entre l'enfant et ses père et mère ?

Quels autres effets produit-elle ?

Toutefois, la reconnaissance n'est pas toujours, quant au lien civil de la parenté qu'elle fait naître, bornée à l'enfant et à ses père et mère. Ainsi elle rattache : 1° aux père et mère les enfants légitimes de l'enfant qu'ils ont reconnu (art. 759); 2° les frères et sœurs naturels entre eux, lorsqu'ils ont été reconnus par le même père ou par la même mère (art. 766).

II. L'enfant naturel reconnu prend le nom de son père ou de sa mère. S'il a été reconnu par l'un et l'autre, il porte le nom de son père (voy. toutefois ce que j'ai dit à ce sujet, sous le n° 146, à la note).

III. La reconnaissance établit entre l'enfant et son père ou sa mère un droit de successibilité réciproque ; mais, quant à l'enfant, ce droit est moins étendu que celui qui appartient aux enfants légitimes (art. 757 à 759, et 765).

IV. Elle rend l'enfant incapable de recevoir de ses père et mère, par donation ou legs, au-delà de ce qui lui est accordé au Titre *Des successions* (art. 908).

V. Elle confère aux père et mère le droit de puissance paternelle (art. 383); mais elle ne leur donne point le droit de jouissance légale qu'ont les père et mère légitimes sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 384).

VI. Elle impose à l'enfant, lorsqu'il veut se marier, et qu'il est mineur quant au mariage, l'obligation d'obtenir le *consentement* de ses père et mère, et, dans tous les cas, l'obligation de leur faire des actes respectueux (art. 158).

(1) Voy. MM. Toull., t. II, n° 970; Aubry et Rau, t. VI, § 569, note 2, et § 570, notes 9 et 10; Marc., sur l'art. 342; Dem., t. II, n°s 67 *bis*, V à VII, et 69 *bis;* Ancelot, *Rev. de législ.*, 1852, t. II, p. 130; Laurent, t. IV, n°s 13 et suiv. La jurisprudence semblait fixée en ce sens que la possession d'état a au moins cet effet de faire preuve complète de l'identité de l'enfant lorsque le nom de sa mère se trouve désigné dans son acte de naissance. Voy. MM. Demol., n°s 504 à 506; Val., *Explic. somm.*, p. 185*; Cours de C. civ.*, t. I, p. 450 et suiv. (Comp., ci-dessus, le n° 287 *bis*, 2e système.) — Mais, par un arrêt de cassation, du 3 avril 1872, la Cour suprême a décidé, en termes absolus, que la « reconnaissance authentique ou judiciaire ne peut être suppléée par une possession d'état conforme à l'acte de naissance » (Sir., 72, 1, 26). Joignez Bonnier, *traité des preuves*, 4e édition, t. II, n° 566.

VII. Enfin elle fait naître entre l'enfant et ses père et mère une obligation réciproque d'aliments (art. 756).

976. — Les effets de la filiation naturelle sont les mêmes, de quelque manière qu'elle ait été prouvée, pourvu qu'elle l'ait été selon l'un des modes de preuve déterminés par la loi. Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer entre la reconnaissance *volontaire* et la reconnaissance *forcée*. Ainsi, les effets de la filiation naturelle *établie par un jugement* sont absolument identiques à ceux que produit la filiation naturelle *prouvée par un acte de reconnaissance* (art. 756).

Art. 337.

Ses effets sont-ils indépendants de l'époque où elle a été faite ?

La règle à cet égard ne souffre-t-elle pas une exception ?

977. — La reconnaissance n'étant subordonnée, quant à sa validité, à aucune condition de temps, ses effets sont par là même *indépendants de l'époque où elle a été faite.*

Par exception à cette règle, « la reconnaissance *faite pendant le mariage*, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il a eu avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne peut nuire *ni à celui-ci ni aux enfants de ce mariage.*

« Néanmoins elle produit son effet après la dissolution de ce mariage, *s'il n'en reste pas d'enfants.* »

Quel est le motif de cette exception ?

Le motif de cette restriction des effets de la reconnaissance faite dans ces circonstances a été donné par M. Bigot-Préameneu : « Il ne faut pas, a-t-il dit, que l'un des époux puisse changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en y appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens : CE SERAIT VIOLER LA FOI SOUS LAQUELLE LE MARIAGE A ÉTÉ CONTRACTÉ. » Ce manque de foi, pouvons-nous ajouter, aurait troublé la paix domestique et le bon accord des époux.

La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il a eu avant le mariage, d'un autre que de son conjoint, est-elle absolument nulle ?

A l'égard de quelles personnes et en quel sens est-elle nulle ?

Quelles sont les personnes à l'égard desquelles elle produit ses effets ?

Est-elle toujours nulle à l'égard du conjoint de son auteur ?

Cette reconnaissance, au reste, n'est pas *nulle.* La loi en paralyse seulement les effets, dans l'intérêt : 1° des enfants nés du mariage pendant lequel elle a été faite ; 2° du conjoint de la personne dont elle émane. Elle est donc pleinement efficace à l'égard de toutes autres personnes, et, par exemple, à l'égard des enfants que son auteur a eus d'un mariage antérieur ou postérieur, et, à plus forte raison, à l'égard de ses ascendants ou de ses collatéraux.

Ainsi :

1° L'enfant reconnu au mépris de la foi du mariage ne succède point en concours avec les enfants légitimes *nés de ce mariage* (art. 757).

2° Lorsque l'époux, auteur de la reconnaissance, est mort sans laisser de parents au degré successible, sa succession est dévolue entièrement à son conjoint, à l'exclusion de l'enfant : car, à défaut de parents successibles et d'enfants naturels reconnus, c'est le conjoint qui succède (art. 767) ; et, dans l'espèce, il n'existe point d'enfant naturel reconnu, puisque la reconnaissance, qui en a été faite par le défunt, est nulle et de nul effet à l'égard de son conjoint.

Si le conjoint qui l'a faite a laissé en mourant : 1° des ascendants

ou des collatéraux; 2° son conjoint; 3° son enfant naturel reconnu, la reconnaissance produit alors son effet ordinaire : car le conjoint, étant, dans l'espèce, exclu par les ascendants ou les collatéraux du *de cujus*, n'a aucun intérêt à la critiquer.

978. — Elle peut, même durant le mariage pendant lequel elle a été faite, produire, parmi ses effets, ceux qui ne doivent point porter préjudice aux enfants nés de ce mariage ou au conjoint de la personne dont elle émane. Ainsi, l'enfant auquel elle s'applique peut certainement porter le nom de son père ou de sa mère qui l'a reconnu. Je n'hésite point non plus à dire qu'il est soumis à la puissance paternelle de son père et de sa mère. Mais je n'irais pas jusqu'à lui reconnaître le droit d'exiger des aliments. Ce droit nuirait, en effet, aux enfants légitimes : car la charge qu'il imposerait à leur père ou à leur mère diminuerait d'autant leurs revenus, et, par suite, le *quantum* des secours pécuniaires auxquels ils ont droit. Et que serait-ce si le conjoint, auteur de la reconnaissance, n'était pas assez riche pour payer une pension en nature ! L'autoriserait-on alors à recevoir dans sa maison, et à son foyer, l'enfant qu'il a reconnu (art. 211) ? Mais la présence de cet enfant serait une cause perpétuelle de troubles et de désunion dans le ménage ! Or, on se le rappelle, notre article a eu précisément pour but d'assurer la paix conjugale (1).

L'enfant reconnu dans ces circonstances porte-t-il le nom du conjoint qui l'a reconnu ?
Est-il soumis à sa puissance paternelle ?
A-t-il le droit d'en exiger des aliments

Remarquons enfin :

979. — 1° Que cette restriction des effets de la reconnaissance n'a pas lieu, d'une part, lorsque la reconnaissance a été faite *avant le mariage*, quoiqu'elle ait été tenue secrète par l'époux qui l'a faite ;

D'autre part, lorsqu'elle est postérieure à *la dissolution du mariage,* quoiqu'il existe des enfants issus de ce mariage.

La loi n'a, en effet, prévu que le cas d'une reconnaissance faite *pendant le mariage,* et les dispositions exceptionnelles, surtout lorsqu'elles sont pénales, ne s'étendent pas par analogie d'un cas à un autre.

2° Qu'elle est encore sans application, *quoique la reconnaissance ait été faite pendant le mariage,* lorsqu'il est prouvé, soit par une reconnaissance volontaire, soit par une reconnaissance forcée, que l'enfant reconnu par l'un des conjoints est également l'enfant de l'autre.

La reconnaissance faite *avant le mariage,* et tenue secrète par celui des conjoints qui l'a faite, est-elle valable à l'égard de l'autre conjoint et des enfants nés du mariage ?
Quid, si elle a été faite postérieurement à la dissolution du mariage ?
Quid, dans le cas où elle a été faite pendant le mariage, s'il est établi que l'enfant reconnu par l'un des conjoints est également l'enfant de l'autre ?
Quid, de la reconnaissance *forcée* qui a eu lieu pendant le mariage ?

980. — Quelques personnes ajoutent qu'elle ne s'applique point au cas de reconnaissance *forcée* comme au cas de reconnaissance *volontaire.* Et, en effet, disent-elles, le texte ne parle que « d'une reconnaissance *faite par* l'un des époux ». Si la loi eût entendu étendre sa disposition aux deux cas de reconnaissance

(1) « D'après la rigueur de la loi, dit également M. Laurent (t. IV, n° 133), il faut décider que, s'il y a des enfants du mariage, l'enfant naturel ne peut pas réclamer d'aliments. » Les auteurs se sont cependant prononcés en sens contraire. Voy. MM. Aubry et Rau, t. VI, § 568 *quater*, p. 185.

volontaire et de reconnaissance *forcée,* elle eût dit : « La reconnaissance faite *par* ou *contre* l'un des époux... » Il est probable qu'elle n'a point porté son attention sur l'hypothèse d'une reconnaissance faite *contre* l'un des époux pendant le mariage. Les deux cas sont d'ailleurs bien différents. Dans notre espèce, la reconnaissance *volontaire* est restreinte dans ses effets, parce qu'elle constitue UN MANQUE DE FOI (voy. le n° 977) qui pourrait, si l'autre époux devait en souffrir, troubler la paix domestique des époux. Dans le cas d'une reconnaissance *forcée,* au contraire, ce manque de foi n'existe pas : on ne peut, en effet, rien reprocher à l'époux contre lequel elle a été faite. Or, les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, surtout lorsque les deux cas ne sont pas parfaitement identiques. Le père ou la mère de l'enfant n'a pas pu, d'ailleurs, le dépouiller en se mariant du droit que lui confère la loi de faire constater sa filiation (1).

Ce système, à le supposer exact, constituerait une exception au principe que les effets de la filiation naturelle sont les mêmes, soit qu'elle ait été prouvée par une reconnaissance *volontaire,* soit qu'elle l'ait été par une reconnaissance *forcée* (voy. le n° 976). Mais on paraît tomber d'accord aujourd'hui que la loi embrasse dans sa disposition les deux reconnaissances (2).

TITRE HUITIÈME

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

22e Répétition.

CHAPITRE PREMIER. — De l'adoption.

§ 1er — *Généralités.*

Qu'est-ce que l'*adoption?*

981. — I. Définition. — L'adoption est un contrat judiciaire qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille, établit entre lui et l'adoptant des rapports purement civils de paternité et de filiation.

Dans quel but a-t-elle été instituée?

II. Son but. — Elle a été instituée comme une consolation offerte à ceux qui n'ont pas eu le bonheur d'avoir des enfants, ou qui ont eu le malheur de perdre ceux qu'ils ont eus. — C'est, en

(1) Toull., t. II, n° 958; Dur., t. III, nos 255 et 256; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 146; Dem., t. II, n° 72 *bis*, IV; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 337 ; Laurent, t. IV, n° 130.

(2) Marc., sur l'art. 337; M. Demol., n° 466. — MM. Val. (*Explic. somm.*, p. 185, et *Cours de C. civ.*, t. I, p. 457), Aubry et Rau (t. VI, § 568 *quater*, note 17), se sont ralliés à la doctrine de M. Demolombe. Dans le même sens, M. Labbé, *J. du P.*, 1860, p. 792. — Enfin la Cour de cassation a consacré la doctrine dont il s'agit : arrêt, de cassation, du 16 décembre 1861 (Sir., 62, 1, 420).

outre, une institution de secours pour les orphelins et pour cette classe nombreuse d'enfants que leurs père et mère ne peuvent pas élever.

III. Son danger. — En procurant aux célibataires les jouissances d'une paternité légitime, l'adoption, si elle eût été trop facile, aurait pu altérer l'institution du mariage; la loi a su éviter cet écueil par les sages précautions qu'elle a prises. L'adoption, nous le verrons bientôt, n'est qu'une image imparfaite de la paternité; elle n'est permise, d'ailleurs, qu'à *cinquante ans* et sous certaines conditions qui peuvent ne pas se réaliser. Or, la perspective d'une paternité si imparfaite, si éloignée et si problématique, n'est point de nature à retenir les hommes dans le célibat. Le mariage, en effet, a par lui-même trop d'attraits; trop d'intérêts et d'honneur s'y rattachent; pour qu'on en soit sérieusement détourné par l'espoir d'une paternité purement civile, restreinte dans ses effets, dont on ne peut avoir la jouissance qu'alors qu'on est arrivé au dernier terme de la vie, subordonnée d'ailleurs à mille circonstances qui peuvent la rendre impossible.

Quel danger présente-t-elle ? Comment la loi a-t-elle évité cet écueil

982. — IV. Historique. — L'adoption n'était pas en usage dans notre ancienne jurisprudence. Elle a été introduite en France par une loi de notre droit intermédiaire, la loi du 18 janvier 1792. Cette loi, au reste, ne fit qu'en établir le principe; elle n'en détermina ni la nature, ni la forme, ni les effets.

L'adoption était-elle en usage dans notre ancien droit français ? Par quelle loi a-t-elle été introduite en France ?

Les citoyens, profitant du principe, se hâtèrent d'en user sous diverses formes. Le législateur lui-même donna l'exemple : la Convention adopta la fille de Lepelletier-St-Fargeau, tué dans un café de Paris par un garde du corps qui lui reprochait d'avoir voté la mort de Louis XVI. Ces adoptions furent confirmées et régularisées par la loi du 25 germinal an XI.

Le Code civil a reproduit le principe de l'adoption, mais en prenant soin de le réglementer : c'est lui qui, le premier, en a déterminé les formes, les conditions et les effets.

Qui en a déterminé les formes, les conditions et les effets ?

983. — V. Du caractère de l'adoption. — L'adoption fut, dans le principe, proposée comme une *imitation* parfaite *de la nature*. Le premier Consul, déduisant les conséquences de cette fiction, soutint que l'adopté devait sortir de sa famille, y laisser tous ses biens et entrer *tout nu* dans la famille de l'adoptant, auquel devaient appartenir désormais tous les droits que le père naturel avait, tels que les droits de puissance paternelle et de successibilité; l'adopté devait, en un mot, avoir dans sa famille fictive la condition qu'il perdait dans sa famille naturelle, c'est-à-dire la *condition complète et absolue d'un enfant légitime.*

L'adoption est-elle une imitation parfaite de la nature ?

Ainsi, l'adoption le rattachait, non seulement en qualité de fils à l'adoptant, mais encore, en qualité de petit-fils ou de collatéral, aux ascendants et aux collatéraux de son père adoptif.

Cette théorie ne prévalut point. L'adoption, telle qu'elle a été consacrée, imite si peu la nature, qu'on la trouve à chaque instant en désaccord avec la réalité. Ainsi :

1° L'enfant reste dans sa famille, où il conserve tous ses droits;

2° Le rapport de parenté que l'adoption fait naître n'existe qu'entre l'adopté et l'adoptant : il ne s'étend point aux parents de ce dernier ;

3° L'adoption est permise aux *célibataires,* bien qu'ils ne puissent pas, dans la réalité, avoir d'enfants légitimes ;

4° Un époux peut adopter sans que son conjoint adopte de son côté : dans ce cas, l'enfant adoptif, devenu le fils légitime de l'un des époux, n'est qu'un étranger dans ses rapports avec l'autre époux ;

5° Il se peut qu'entre l'âge de l'adoptant et celui de l'adopté il n'y ait qu'un seul jour de différence, pourvu que l'adoptant soit le plus âgé (voy. le n° 996).

L'adoption, au lieu d'être l'imitation *parfaite* de la nature, n'en est donc qu'une image *très imparfaite.* Toutefois, nous trouverons dans les dispositions du Code quelques vestiges du système qui a été abandonné.

Combien la loi distingue-t-elle d'espèces d'adoptions ? Sous quels rapports importe-t-il de les distinguer ?

984. — VI. Des différentes espèces d'adoptions. — La loi en distingue trois espèces, savoir : 1° l'adoption *ordinaire;* 2° l'adoption *rémunératoire* ou privilégiée ; 3° l'adoption *testamentaire.* Cette division n'a trait qu'aux *conditions* de l'adoption : elles sont, en effet, plus ou moins sévères, suivant qu'elle est ordinaire, rémunératoire ou testamentaire. Mais, considérée au point de vue des effets qu'elle produit, l'adoption est une : qu'elle soit ordinaire, privilégiée ou testamentaire, ses résultats sont toujours les mêmes.

Notre chapitre Ier traite de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire ; l'adoption testamentaire fait l'objet du chapitre II.

Art. 343 à 346.

§ II. *Des conditions requises pour l'adoption ordinaire.*

Quelles sont les conditions requises pour l'adoption ordinaire ?

Six conditions sont requises dans la personne de l'adoptant, trois dans celle de l'adopté (voy. la *Form.* 121).

Il faut, du côté de l'adoptant :

Pourquoi faut-il que l'adoptant ait plus de cinquante ans ?

985. — 1° *Qu'il soit âgé de plus de cinquante ans.* — La faculté d'adopter alors qu'on est jeune aurait pu détourner du mariage. Mais, après cinquante ans, l'homme ne songe guère à se marier; disons plus, il vaut mieux, dans l'intérêt social, qu'il n'y songe pas. Et quant à ceux qui sont mariés, il y a peu d'espoir que leur mariage qui a été jusque-là stérile cesse de l'être : on peut donc sans danger leur permettre de rechercher dans une paternité fictive les joies que la nature leur a refusées.

Pourquoi faut-il qu'il n'ait, au moment de l'adoption, ni enfants ni descendants légitimes ? La présence d'un enfant naturel reconnu

986. — 2° *Qu'il n'ait,* au moment de l'adoption, *ni enfants ni descendants légitimes.* — La loi n'a pas voulu que l'adoption pût préjudicier aux enfants nés du mariage. Le motif de l'adoption n'existe plus, d'ailleurs, lorsque la personne peut reposer son affection sur les enfants que la nature lui a donnés.

La présence d'un enfant naturel reconnu ne fait pas obstacle à l'adoption. Il en est de même de celle d'un fils adoptif. Ainsi, la même personne peut adopter, soit par le même acte, soit successivement, plusieurs enfants. fait-elle obstacle à l'adoption ?

987. — On s'est demandé si l'adoption doit être considérée comme non avenue, lorsqu'il est né à l'adoptant, *depuis l'adoption,* un enfant légitime, qui était déjà *conçu* au moment où elle a eu lieu. *Quid*, s'il survient à l'adoptant, *depuis l'adoption*, un enfant légitime qui était conçu au moment où elle a eu lieu ?

L'*affirmative* est généralement admise. On la fonde sur la règle *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (1). — Dans ce système, il importe de savoir si l'enfant légitime né depuis l'adoption était ou non conçu au moment où elle a eu lieu. Cette question ne peut pas être résolue par les présomptions des articles 312 et 315 : car les présomptions légales sont de droit étroit, et ne s'étendent pas, par analogie, d'un cas à un autre. Or, elles ont été faites pour résoudre des questions *de légitimité;* et, dans l'espèce, la légitimité de l'enfant, on le suppose, n'est pas en cause. Ce sera donc une pure question de fait à résoudre (voy., dans notre t. II, sur l'art. 725, une décision semblable).

M. Valette (*sur Proud.*, t. II, p. 192) pense, au contraire, que la naissance d'un enfant légitime né depuis l'adoption ne lui fait point obstacle, quoiqu'il soit établi que cet enfant était déjà conçu quand elle a eu lieu. L'adoption, dès qu'elle est formée, constitue, dit-il, un état civil fixe, permanent, irrévocable : la filiation qu'elle engendre ne peut pas être conditionnelle ou subordonnée à des faits éventuels. Tel est l'esprit du Code. — On ne peut pas, d'ailleurs, reprocher à l'adoptant d'avoir méconnu sa paternité légitime, puisque, selon la loi, l'homme dont la femme est enceinte n'a pas encore senti la tendresse que la nature met au cœur des pères pour leurs enfants (2).

988. — 3° *Qu'il ait au moins quinze ans de plus que l'adopté.* — C'est un vestige du principe que nous avons rappelé sous le n° 983, et qu'on a abandonné, savoir, que l'adoption est une imitation parfaite de la nature. Cette condition d'âge a, au reste, sa justification : l'adoption est une consolation offerte à l'adoptant, une protection à l'adopté ; or, comment l'adoptant protégerait-il l'adopté, s'ils étaient l'un et l'autre du même âge, ou si l'adopté était plus âgé que l'adoptant ? Pourquoi faut-il que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que l'adopté?

989. — 4° *Qu'il obtienne, lorsqu'il est marié, le consentement de son conjoint.* — Autrement, la présence de l'enfant adoptif dans la maison serait une cause incessante de troubles et de désunion entre les époux (voy. la *Form.* 122). Pourquoi faut-il qu'il obtienne le consentement de son conjoint?

990. — 5° *Qu'il ait donné à la personne qu'il veut adopter, pen-* Pourquoi la loi exi-

(1) MM. Delv., t. I, p. 95 ; Dur., t. III, n° 278 ; Marc., sur les art. 343 et 344 ; Demol., *Traité de l'adopt.*, n° 16 ; Dem., t. II, n° 76 *bis*, III ; Aubry et Rau, t. VI, § 556, note 4 ; Laurent, t. IV, n° 198.

(2) Voy. aussi *Cours de Code civil*, t. I, p. 462.

ge-t-elle qu'il ait donné, à la personne qu'il se propose d'adopter, pendant qu'elle était mineure, des soins non interrompus, pendant six ans au moins ?

dant qu'elle était mineure, des soins et des secours non interrompus, pendant six ans au moins. — Cette condition est très sage. Elle a une double utilité : 1° elle est une garantie que l'adoption ne sera jamais le résultat d'une surprise ou d'obsessions ; 2° elle est un moyen de s'assurer que ceux qui aspirent au titre de père et d'enfant en ont déjà les sentiments.

Ne faut-il pas qu'il jouisse d'une bonne réputation ?
Par quelles voies le tribunal doit-il s'en assurer ?

991. — 6° *Qu'il jouisse d'une bonne réputation.* — Les juges ont donc à rechercher quel est le caractère, quelles sont les mœurs de l'adoptant. Mais cette recherche se fait secrètement. Il ne fallait pas détourner de l'adoption les personnes timides, par la crainte d'une investigation publique et minutieuse de leur vie privée ! Ainsi, c'est officieusement, et sans aucune procédure, que le tribunal doit se procurer tous les renseignements propres à l'éclairer. La loi, au reste, s'en rapporte absolument à la sagesse du tribunal, et, pour mieux assurer le pouvoir discrétionnaire qu'elle lui confie, elle le dispense d'énoncer les motifs de sa décision (art. 355 et 356).

— Il faut, du côté de l'adopté :

Pourquoi faut-il que la personne qui se donne en adoption soit *majeure ?*

992. — 1° *Qu'il soit majeur.* — Par l'adoption, l'adopté dispose irrévocablement de sa personne et de son état ; or, un acte de cette nature exige chez celui qui le fait une maturité d'esprit que n'a pas le mineur. Il est vrai qu'on lui permet de contracter, par le mariage, un engagement plus sérieux et aussi irrévocable que celui qui résulte de l'adoption ; mais, l'adoption n'étant point, comme le mariage, une institution *nécessaire et fondamentale,* on a pensé qu'il n'y avait point lieu de faire une exception en sa faveur.

La même personne peut-elle être adoptée par deux personnes ?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?
Pourquoi la même personne ne peut-elle pas être adoptée par deux personnes qui ne sont point unies entre elles par le lien du mariage ?

993. — 2° *Qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre personne, si ce n'est par le conjoint de celle qui se propose de l'adopter.* — Ainsi, la même personne peut être adoptée par deux époux : dans ce cas, l'adoption est conforme à la nature. La même personne ne peut pas, au contraire, être adoptée par deux personnes du même sexe, ou de sexes différents, lorsqu'elles ne sont point unies entre elles par le mariage. Ici l'adoption eût été trop directement en désaccord avec la nature : personne, en effet, ne peut avoir plusieurs pères ou plusieurs mères, ou appartenir légitimement à un père et à une mère étrangers l'un à l'autre. Il y aurait eu d'ailleurs à craindre qu'un père et une mère naturels n'adoptassent ensemble leur enfant, afin d'éluder la règle éminemment sage qui invite les parents naturels au mariage, en le leur présentant comme l'unique moyen de légitimer leurs enfants.

Peut-elle se donner en adoption sans le consentement de ses parents ?

994. — 3° *Qu'il obtienne, lorsqu'il n'a pas encore vingt-cinq ans accomplis, le* CONSENTEMENT *de ses père et mère, et, s'il a plus de vingt-cinq ans, qu'il requière au moins leur* CONSEIL (voy. les *Form.* 123 et 124). — Il existe à cet égard, entre le mariage et l'adoption, plusieurs différences :

Quelles différences y a-t-il, sous ce rap-

a. En cas de *dissentiment,* le consentement du père suffit quant au mariage (voy. le n° 539) ; pour l'adoption, au con-

traire, les consentements du père et de la mère sont absolument nécessaires. port. entre l'adoption et le mariage

b. Quant au mariage, la nécessité d'obtenir, même après les vingt et un ans, le consentement des père et mère n'existe que pour les *garçons;* les *filles,* dès qu'elles ont passé la majorité ordinaire, sont libres de se marier comme elles l'entendent (voy. le n° 536). Pour l'adoption, au contraire, cette distinction n'est pas admise : les filles, de même que les garçons, ne peuvent point, tant qu'elles n'ont pas vingt-cinq ans accomplis, se donner en adoption sans le consentement de leurs ascendants.

Sous ce double rapport, la loi s'est montrée plus favorable pour le mariage qne pour l'adoption.

Sous deux autres rapports, c'est l'inverse qui a lieu. Ainsi :

a. A défaut des père et mère, la loi n'exige point, pour l'adoption, comme elle le fait pour le mariage (voy. le n° 541), le consentement des ascendants du degré supérieur.

b. Depuis vingt-cinq jusqu'à trente ans pour les garçons et depuis vingt et un ans jusqu'à vingt-cinq pour les filles, le *conseil* des ascendants doit être requis *trois fois,* par trois actes respectueux successifs, lorsqu'il s'agit du mariage (voy. le n° 557); *un seul acte* respectueux suffit pour l'adoption.

§ III. *Des conditions requises pour l'adoption rémunératoire ou privilégiée.*

Art. 345.

995. — L'adoption *rémunératoire* a sa source dans un sentiment de reconnaissance inspiré par le dévouement de l'adopté qui, au péril de sa vie, a sauvé celle de l'adoptant, *par exemple* en venant à son secours *dans un combat,* ou en le retirant des *flammes* ou des *flots.* Je dis *par exemple,* parce qu'il est évident qu'en citant spécialement les trois cas que je viens de rapporter, la loi statue sur le *plerumque fit.* Ce qu'elle veut, c'est que l'adopté ait sauvé la vie de l'adoptant *au péril de la sienne.* Ainsi, il n'est pas douteux que cette espèce d'adoption ne fût permise au cas où l'adopté aurait sauvé la vie à l'adoptant en le retirant d'une mine où il allait mourir asphyxié. A l'inverse, elle ne serait pas applicable au médecin qui, à force de zèle, mais sans courir aucun danger, aurait sauvé la vie de son malade (1).

Qu'est-ce que l'*adoption rémunératoire?*
Au profit de quelles personnes peut-elle avoir lieu
A quelles conditions est-elle soumise

996. — L'adoption rémunératoire est dite *privilégiée,* parce qu'à raison de la noblesse et de la pureté du sentiment qui l'inspire, elle est affranchie de certaines conditions auxquelles est subordonnée l'adoption ordinaire.

Ainsi, elle est dispensée :

(1) MM. Dur., t. III, n° 284 ; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 197 ; Marc., sur l'art. 345 ; Demol., n° 59 et 60 ; Aubry et Rau, t. VI, § 561, note 1 ; Laurent, t. IV, n° 210.

Quelles sont les conditions dont elle est dispensée ?

1° De la règle qui veut que l'adoptant soit âgé de cinquante ans : il suffit qu'il soit majeur;

2° De la règle qui exige que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que l'adopté : il suffit qu'il soit, ne fût-ce que d'un jour, plus âgé que lui;

3° De la règle suivant laquelle l'adoption n'est permise qu'autant que l'adoptant a donné à l'adopté, pendant que celui-ci était mineur, des soins et des secours pendant six ans : le service qu'a reçu l'adoptant est une garantie de son attachement pour l'adopté.

Sauf ces trois différences, l'adoption *rémunératoire* est soumise aux autres conditions de l'adoption ordinaire.

Les étrangers peuvent-ils adopter et se donner en adoption ?

997. — Les *étrangers* sont-ils ou non capables d'adopter et d'être adoptés?

La négative n'est pas douteuse, pour les personnes qui pensent que les *étrangers* sont *privés de tous les droits civils autres que ceux que la loi leur accorde expressément ou implicitement* (voy. le n° 131) : l'adoption est, en effet, une institution *essentiellement civile,* et aucune loi ne l'a expressément permise aux étrangers.

C'est, au contraire, l'affirmative qui devra être admise si l'on se place dans le système des personnes qui pensent que les étrangers *ont la jouissance de tous les droits civils autres que ceux que la loi leur a expressément ou implicitement retirés* (voy. les nos 132 et 133) : car il n'existe dans nos lois aucune disposition qui les ait expressément ou implicitement déclarés incapables d'adopter et d'être adoptés (1).

L'enfant naturel peut-il être adopté par son père ou par sa mère qui l'a reconnu ?

(1) L'enfant *naturel* peut-il être adopté par son père ou par sa mère qui l'a reconnu? — Quoique fort ancienne, cette question divise aujourd'hui encore les meilleurs interprètes. Toullier a soutenu l'affirmative et la négative. Merlin a changé trois fois d'opinion. La Cour de cassation a successivement abandonné, puis repris la doctrine qu'elle avait d'abord admise.

Cet état de perplexité et de doute par lequel ont passé et la plus haute juridiction de France et les plus éminents jurisconsultes me fournit ma solution.

Ma solution est qu'il est impossible de trouver, soit dans la loi, soit dans l'historique de sa rédaction, les éléments certains d'une décision juridique. Les rédacteurs du Code, après avoir prévu et discuté la question en litige, l'ont ensuite négligée et perdue de vue.

Or, lorsque, sur un point à régler, on ne trouve ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires de sa rédaction, ni dans l'esprit général de la matière, les éléments d'une décision juridique, les juges ont *plein pouvoir* pour vider, par des considérations tirées de l'équité naturelle, la question née du *silence* ou de *l'insuffisance* de la loi. Ils prennent alors le parti qu'ils jugent, selon les lumières de leur conscience et de leur raison individuelle, le plus conforme aux intérêts de la société (voy. le n° 86).

Cela posé, je dis :

L'adoption d'un enfant naturel par son père ou par sa mère qui l'a reconnu paraît-elle aux juges, à raison des circonstances défavorables dans lesquelles elle se présente, ou dans lesquelles elle a eu lieu, dangereuse et contraire à l'ordre public : ils peuvent refuser de l'homologuer, ou même l'annuler, sur la demande des parties intéressées, lorsque par erreur ils l'ont homologuée.

§ IV. *Des formes de l'adoption ordinaire et de l'adoption rémunératoire.*

Art. 353 à 360.

A quelles formalités est soumise l'adoption ordinaire?

998. — Les formes de l'adoption sont au nombre de trois, savoir : 1° consentement des parties, manifesté en présence d'un juge de paix qui en dresse acte; 2° homologation du contrat d'adoption par la justice; 3° inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

Que si, au contraire, ils la jugent honnête, utile, équitable, rien ne s'oppose à ce qu'ils l'acceptent et la maintiennent. Ainsi, par exemple, lorsque la *légitimation* d'un enfant naturel est devenue impossible par le décès, l'absence ou la folie de sa mère, pourquoi refuser à son père le moyen, le seul qu'il ait alors, de réparer autant qu'il est en lui la faute qu'il a commise? L'adoption faite dans ces circonstances blesserait-elle donc la morale? porterait-elle atteinte aux grands intérêts de la société?

Il n'y a point de danger véritable à permettre aux père et mère naturels d'adopter leur enfant naturel, lorsqu'il ne leur est plus possible de le légitimer par leur mariage subséquent; la crainte que cette faculté ne les détourne du mariage est chimérique et sans fondement (voy. le n° 981).

Il y aurait, au contraire, une extrême dureté et même un danger, à défendre l'adoption : car, si cette prohibition existait, les père et mère ne reconnaîtraient plus leur enfant naturel, afin de se ménager la faculté de l'adopter plus tard. Mais souvent la mort les surprendrait avant le temps de l'adoption : l'enfant se trouverait ainsi privé de son état et de tous ses droits!

La loi ne fait aucun obstacle à notre décision. Elle ne permet point expressément, il est vrai, l'adoption dont il s'agit; mais, comme elle ne la défend pas, elle l'autorise implicitement par là même, puisque selon le droit commun l'adoption est permise!

— On a soutenu qu'à défaut d'un texte positif, la défense d'adopter son enfant naturel reconnu résulte clairement, soit de la nature même des choses, soit, par induction, de certaines dispositions de la loi, soit enfin de son esprit général sur la matière.

Je n'en crois rien, et c'est ce que je vais essayer de démontrer, en répondant successivement aux objections qui peuvent être faites.

1° Il est bien vrai, nous dit-on, que la loi ne défend point *expressément* au père ou à la mère naturelle d'adopter son enfant naturel reconnu; mais pourquoi? parce qu'il n'est pas nécessaire, parce qu'il serait puéril, de faire un texte pour défendre un acte qui, *selon la nature même des choses, ne peut pas avoir lieu :* on ne défend point l'impossible! Or, l'adoption d'un enfant naturel par son père ou par sa mère qui l'a reconnu répugne *à la nature même des choses.* C'est une vérité qui saute aux yeux! L'adoption est un acte solennel par lequel une personne se *crée* civilement une postérité que la nature ne lui a pas donnée ou qu'elle lui a retirée : donc l'adoption d'un enfant naturel par son père ou par sa mère est impossible! Comment, en effet, pourrait-elle *créer* des rapports civils de paternité et de filiation entre deux personnes déjà unies par les mêmes rapports? Le lien *fictif* qu'elle a pour objet de créer, il existe *réellement!* la loi peut bien le *régler*, mais évidemment elle ne peut pas le *faire naître :* on ne crée point ce qui existe!

Cette objection est trop scolastique pour être juste. Et d'ailleurs, quel en est le fondement? La définition de l'adoption! Mais cette définition, telle qu'on la donne, n'est point écrite dans la loi. Elle est donc purement arbitraire. Dès lors, rien ne m'empêche d'en donner une autre et de dire : l'adoption est l'acte solennel par lequel une personne établit entre elle et une autre personne, soit des rapports de parenté qui n'existaient entre elles à aucun titre, soit des rap-

Comment se forme le contrat d'adoption ?

999. — PREMIÈRE FORMALITÉ. — *Consentement des parties, manifesté devant un juge de paix qui en dresse acte.* — La personne qui se propose d'adopter et celle qui veut être adoptée se présentent devant le juge de paix du domicile de la première, pour y déclarer le consentement qu'elles donnent à l'adoption. Le juge de paix dresse acte de cette convention (voy. la *Form.* 125).

ports de parenté autres que ceux qui les unissaient déjà. Ainsi, l'adoption d'un enfant étranger à l'adoptant crée un lien légitime de parenté entre deux personnes qui jusqu'alors avaient été étrangères l'une à l'autre. L'adoption d'un enfant naturel par son père ou par sa mère qui l'a reconnu *crée* entre l'adoptant et l'adopté une parenté *légitime* que la reconnaissance avait été impuissante à fonder.

2° Mais, dit-on, l'adoption dans ce cas n'est qu'une véritable *légitimation;* et alors on viole l'art. 331, aux termes duquel les enfants naturels *ne* peuvent être légitimés *que* par le mariage subséquent de leurs père et mère.

Je conviens qu'en effet l'adoption d'un enfant naturel par son père ou sa mère produit *quelques-uns* des effets de la légitimation; mais l'art. 331 ne s'y oppose pas. Que dit-il, en effet? Dit-il que les père et mère naturels *ne pourront* légitimer leur enfant *que* par un mariage subséquent? Nullement! la disposition introduit simplement une faculté; elle n'a rien d'exclusif : « Les père et mère naturels, y est-il dit, *pourront* légitimer leur enfant par leur mariage subséquent. » Y a-t-il là la moindre apparence d'une exclusion de la faculté d'adopter ?

Au reste, la défense de *légitimer* les enfants naturels *autrement que par le mariage* n'exclurait point, lors même qu'elle serait expressément écrite dans la loi, la faculté de les adopter : car la *légitimation* et l'*adoption* sont deux institutions essentiellement différentes. Ainsi : 1° la légitimation fait entrer l'enfant légitimé dans la famille de ses père et mère; l'adoption, au contraire, n'établit aucun lien de parenté entre l'adopté et les parents de l'adoptant (art. 348). 2° la légitimation fait naître entre l'enfant légitimé et ses père et mère un droit *réciproque* de successibilité; l'adoptant, au contraire, ne succède point à l'adopté (art. 350 et 351). Ce n'est donc que par un abus de langage et à cause de la pauvreté de notre langue qu'on peut dire que l'adoption *légitime* l'enfant naturel : elle n'en fait point, ainsi qu'on le dit trop souvent, un enfant *légitime;* elle n'en fait qu'un enfant *adoptif*, ce qui est bien différent.

3° Les textes répugnent, pour la plupart, à l'idée qu'un enfant naturel reconnu puisse être adopté par son père ou par sa mère. Ainsi, l'art. 346 suppose que l'adopté est l'enfant d'un autre que de l'adoptant, puisqu'il exige que l'adopté rapporte le consentement *de ses père et mère*, ce qui évidemment ne serait pas nécessaire s'il était adopté par son père ou par sa mère naturelle. L'art. 347 suppose la même idée, puisqu'il veut que l'adopté joigne à son nom le nom de l'adoptant, ce qui serait impossible dans l'hypothèse d'une adoption intervenue entre un enfant naturel et son père qui l'a reconnu, car la reconnaissance a déjà attribué à l'enfant le nom de son père. Les art. 348 et 349 portent que l'adopté reste *dans sa famille*, que l'obligation alimentaire subsiste entre lui et ses père et mère, ce qui suppose toujours qu'il n'existait, antérieurement à l'adoption, aucun rapport de paternité et de filiation entre l'adoptant et l'adopté.

On répond qu'en organisant l'adoption, la loi, statuant sur le *plerumque fit*, ne s'est point préoccupée des situations particulières. Les règles qui viennent d'être énumérées ne sont point de l'essence de l'adoption; elles sont applicables quand elles peuvent l'être. Dans le cas contraire, on les néglige. Ainsi, par exemple, il est évident que l'enfant *dont les père et mère sont inconnus* n'est pas tenu, lorsqu'il se donne en adoption, de rapporter leur consentement. Il est non moins évident encore *qu'il ne restera pas dans sa famille*, puisqu'il n'en a pas. La règle qui veut que l'adopté joigne à son nom le nom de l'adoptant se trou-

Le concours de ces deux volontés constitue le contrat d'adoption. Sa perfection est, sans doute, subordonnée à quelques autres conditions; mais, lorsqu'elles seront accomplies, elles rétroagiront au jour même de la formation du contrat devant le juge de paix. Quand ce contrat est-il réputé formé?

vera également inapplicable, au cas où l'adopté est le neveu consanguin de l'adoptant : car, dans cette hypothèse, l'adopté et l'adoptant ont le même nom.

4° Dans quel but le père naturel adopterait-il l'enfant naturel qu'il a reconnu? Pour lui donner son nom? il l'a déjà! Pour créer entre eux une obligation réciproque de se fournir des aliments? Cette obligation, la reconnaissance l'a déjà fait naître! L'effet se bornera donc à donner à l'adopté *des droits de succession plus étendus que ceux que la loi lui confère en sa qualité d'enfant naturel reconnu.* Mais, précisément, cet effet, la loi le prohibe! Tout le monde sait que le législateur a voulu établir, dans l'intérêt du mariage, une démarcation profonde entre les bâtards et les enfants légitimes, et que c'est dans ce but qu'il a écrit, d'une part, l'art. 757, qui n'accorde aux bâtards qu'une *fraction* de la succession de leurs père et mère, et, d'autre part, l'art .908, aux termes duquel les enfants naturels ne peuvent, par donation ou par testament, rien recevoir au delà de la fraction que l'art. 757 leur assigne. Or, si l'adoption d'un enfant naturel par son père ou par sa mère qui l'a reconnu est permise, l'enfant naturel, devenu légitime, aura droit à *toute* la succession de son père ou de sa mère : l'art. 908 sera ouvertement violé!

La réponse est facile. L'art. 908 déclare l'enfant naturel reconnu incapable de recevoir, *comme donataire* ou *comme légataire*, au delà de la fraction que lui assigne l'art. 757. Or, dans l'espèce, ce n'est point en sa qualité d'enfant naturel, et *comme donataire ou légataire*, qu'il prétend avoir vocation à la *totalité* des biens qu'a laissés son père ou sa mère ; il se présente comme *enfant adoptif* et réclame les droits que la loi elle-même attache à cette qualité. L'art. 908 est donc tout à fait hors de cause ; il n'a trait qu'aux enfants naturels *restés tels.*

5° On insiste en disant : Mais dans ce système l'art. 908 n'a plus de sanction! Rien ne sera plus facile que de l'éluder. Au lieu de faire une *donation* directe ou un *legs* à son enfant naturel, on l'adoptera! Or, on ne peut pas faire indirectement ce qu'il n'est point permis de faire directement.

Je réponds que la loi elle-même permet de faire *par l'adoption* ce qu'on ne pourrait pas faire directement par *donation* ou *legs.* Ainsi, lorsque j'ai fait des donations à des tiers, je ne pourrais pas, en instituant mon frère ou mon neveu pour mon légataire, lui conférer le droit de faire réduire, à son profit, les donations que j'ai faites. Je le puis, au contraire, en l'adoptant : car l'adopté acquiert un droit de réserve, qui lui permet de faire réduire, non seulement les donations postérieures, mais encore les donations antérieures à l'adoption. Autre cas. Je ne puis, lorsque j'ai des ascendants, *donner* ou *léguer* que la *moitié* de mes biens : car mes ascendants ont un droit de réserve sur l'autre moitié (art. 915) ; que si, au contraire, *j'adopte* quelqu'un, l'adopté, devenu mon fils légitime, exclura, *pour le tout*, mes ascendants.

6° L'adoption ne peut point transformer l'état de l'enfant naturel, *et d'un bâtard faire un enfant légitime :* car, suivant les principes du Code, l'adoption laisse subsister l'état ou la condition originaire de l'adopté. Celui-ci aura donc, dans l'espèce, tout à la fois la qualité d'enfant légitime et la qualité d'enfant naturel. Mais cela ne se peut pas : ces deux qualités sont incompatibles dans la même personne.

Cet argument ne prouve rien, précisément parce qu'il prouve trop : car, s'il était concluant, l'adoption ne serait jamais possible, puisqu'elle a toujours pour objet de réunir sur la même personne des qualités qui, dans la réalité, sont incompatibles. L'adopté ne devient-il pas, en effet, le fils de l'adoptant, quoiqu'il reste le fils de son père légitime? Est-ce que tout n'est pas possible

Produit-il des effets dès qu'il a été formé devant le juge de paix? Quel effet produit-il alors? *Quid*, si les deux parties consentent à s'en départir? *Quid*, au contraire, si l'une d'elles y persiste?

Et remarquez que ce contrat, bien que conditionnel, produit dès à présent un certain effet : il oblige les parties. Elles peuvent, sans doute, tant que le contrat n'est point devenu parfait par l'accomplissement de chacune des conditions auxquelles il est subordonné, le révoquer et s'en départir par *un mutuel accord* (voy. l'art. 359); mais il est dès à présent obligatoire, en ce sens que l'une des parties ne peut pas s'en départir sans le consentement de l'autre : celle qui y tient peut à elle seule poursuivre l'accomplissement des formalités qui doivent le parfaire.

Quelles conséquences peut-on tirer du principe que le contrat d'adoption est formé dès que les parties ont, devant le juge de paix, donné leur consentement à cet effet?

1000. — Du principe que le contrat d'adoption est formé dès que les parties ont, devant le juge de paix, donné leur consentement à cet effet, il suit qu'il faut, pour apprécier la question de savoir si les parties réunissent les *conditions* prescrites pour la validité de l'adoption, se placer, non pas au moment où elles accomplissent la dernière formalité de l'adoption (son inscription sur les registres des actes de l'état civil), mais au moment où

sous l'empire des fictions? Est-ce que l'adoption ne peut pas faire d'un *frère* ou d'un *neveu* un *fils* adoptif? J'ajoute que l'adoption ne fait point d'ailleurs un enfant *légitime* de l'enfant qui est adopté par son père qui l'a reconnu; elle n'en fait qu'un enfant *adoptif*.

7° Eh bien! soit, dit-on, l'enfant naturel adopté par son père aura la double qualité de bâtard et d'enfant adoptif; l'une n'absorbera point l'autre. Mais, si l'adopté reste dans sa condition de bâtard, toutes les incapacités que la loi y a attachées subsisteront après comme elles existent avant l'adoption : donc il ne pourra point obtenir, dans la succession de son père ou de sa mère, plus de biens que ne lui en donne l'art. 757; donc l'adoption de l'enfant naturel par son père ou sa mère qui l'a reconnu est inutile et sans objet.

Cet argument, s'il était fondé, nous conduirait à l'absurde. Je suppose qu'un frère ait adopté son frère, un oncle son neveu, et que l'adopté demande la réduction des donations ou des legs faits par l'adoptant défunt : les donataires ou légataires pourraient lui répondre : L'adoption n'a point détruit votre condition de *frère* ou de *neveu* du défunt; or, en cette qualité, vous n'avez droit à aucune réserve : donc vous n'avez aucun droit à la réduction que vous demandez.

Allons plus loin! je suppose que l'adopté soit, selon la nature, complètement étranger à l'adoptant : les parents légitimes de ce dernier ne pourraient-ils pas, à l'ouverture de sa succession, dire à l'adopté : L'adoption n'a point détruit votre condition originaire; or, selon la nature, vous êtes étranger à l'adoptant, aucun lien ne vous unit à lui : donc vous n'avez aucun droit à sa succession!

Lorsqu'une personne s'est donnée en adoption, deux qualités existent en elle : la qualité qu'elle avait avant l'adoption, et la qualité que l'adoption lui a conférée. Ce qu'il y a de moins dans l'une ne détruit pas ce qu'il y a de plus dans l'autre : autrement, toute adoption serait inutile.

— Depuis 1846, la Cour de cassation a constamment admis la validité de l'adoption de l'enfant naturel. Voy. aussi, en ce sens, MM. Dur., t. III, n° 293; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 217; *Explic. somm.*, p. 202 et s.; *Cours de Code civil*, t. I, p. 465; Duvergier, *sur Toull.*, t. II, n° 988; Aubry et Rau, t. IV, § 556, note 17; Laurent, t. IV, n°s 205 et suiv. — En sens contraire, M. Odilon Barrot, *Encyclopédie du droit*, v° *Adoption ;* un article de M. Molinier, *Revue de droit français*, 1844, p. 171; un autre article, de M. Pont, *Revue de législation*, t. I, 1846, p. 475; M. Benech, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*; Marc., sur l'art. 346; Demol., n°s 50 à 52; Dem., t. II, n° 80 *bis*, III.

elles contractent devant le juge de paix : aucun événement postérieur n'y peut faire obstacle, lorsqu'elle a été possible à ce moment. Je trouve la confirmation de cette solution dans l'article 360. « Si, y est-il dit, l'adoptant vient à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et *porté devant les tribunaux,* et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, *l'instruction sera continuée* et l'adoption admise, s'il y a lieu; sauf aux héritiers de l'adoptant à remettre au procureur de la République tous mémoires et observations propres à prouver l'inadmissibilité de l'adoption. »

1001. — Toutefois, quelques personnes soutiennent, en argumentant de ces mots : ET *porté devant les tribunaux*..., que les conditions auxquelles est subordonnée l'adoption doivent exister au moment où le contrat d'adoption se forme devant le juge de paix, et *persévérer jusqu'au moment où le contrat a été porté devant les tribunaux.*

Est-il nécessaire que les conditions auxquelles est subordonnée l'adoption existent au moment où le contrat d'adoption se forme devant le juge de paix, et qu'elles persévèrent jusqu'au moment où ce contrat a été porté devant les tribunaux ?

Dans ce système, la mort de l'adoptant, survenue dans l'intervalle de la première à la seconde formalité, rendrait l'adoption impossible.

C'est, je crois, interpréter trop à la lettre la disposition textuelle de notre article. De deux choses l'une : ou le contrat est formé dès que les parties ont donné leur consentement devant le juge de paix, ou il ne le sera que lorsque toutes les formes auront été accomplies. Dans le premier système, il suffit évidemment que les conditions existent au moment de la formation du contrat devant le juge de paix. Dans le second, il est nécessaire qu'elles subsistent encore au moment de la dernière formalité (l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil). Il n'y a point de place pour un système intermédiaire. Or, tout le monde convient que le contrat d'adoption existe dès que le consentement des parties a été donné devant le juge de paix.

Les mots *et porté devant les tribunaux* ont été ajoutés dans l'article 360, parce que ses rédacteurs ne se sont point préoccupés du cas extraordinaire où l'adoptant mourrait dans l'intervalle si court (dix jours au plus) qui sépare la première formalité de la seconde (1).

1002. — SECONDE FORMALITÉ. — *Homologation, c'est-à-dire approbation du contrat d'adoption par la justice.* — Le contrat passé devant le juge de paix doit être successivement soumis :

Quelles autres formalités suivent la formation devant le juge de paix du contrat d'adoption?

Par qui doit-il être homologué?

Pourquoi la loi veut-elle qu'il le soit par le tribunal *du domicile* de l'adoptant?

1° A l'homologation du tribunal de première instance du *domicile de l'adoptant :* la loi a choisi ce tribunal, parce qu'il est plus à même que tout autre de se renseigner sur la moralité de la personne qui se propose d'adopter ;

2° A l'homologation de la Cour d'appel.

A cet effet, la partie la plus diligente se fait délivrer, par le juge

(1) Delv., t. I, p. 97; Val., *sur Proud.*, t. II. p. 207; *Cours de Code civil*, t. I, p. 481; Duv., *sur Toull.*, t. II, n° 1004 ; MM. Demol., n° 118; Aubry et Rau, t. VI, § 559, p. 131. — *Contra*, M. Laurent, t. IV, n°s 212 et 213.

Quelles formalités faut-il remplir pour obtenir l'homologation?

de paix qui l'a reçu, une expédition du contrat d'adoption. Cette copie doit être, *dans les dix jours du contrat,* remise au procureur de la République du tribunal compétent pour accorder ou refuser son homologation. — Ce délai est de rigueur. Si les parties le laissent expirer sans faire la remise dont il vient d'être parlé, leur inaction constitue une renonciation à l'adoption (arg. par *a fortiori* tiré de l'art. 359). L'adoption ne serait plus possible qu'en vertu d'un nouveau contrat.

1003. — Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République et s'être procuré les renseignements convenables, vérifie : 1° si toutes les conditions de la loi ont été remplies ; 2° si la personne qui veut adopter est en bonne réputation. Après quoi il accorde ou refuse son homologation, en ces termes : *il y a lieu,* ou *il n'y a point lieu à l'adoption* (voy. la *Form.* 126).

Comment le tribunal obtient-il les renseignements qu'il doit prendre avant de la donner?

Où sa décision doit-elle être discutée et prononcée?

Doit-il la *motiver*?

Remarquons : 1° que le tribunal doit prendre ses renseignements sur la moralité de l'adoptant, sans aucune forme de procédure ni enquête judiciaire : les juges s'éclairent officieusement par leurs investigations individuelles ; 2° que leur décision, au lieu d'être discutée et prononcée à l'audience, en présence du public, est discutée et prononcée secrètement dans la chambre du conseil ; 3° que leur décision n'est point *motivée.* Toutes ces précautions, tous ces mystères sont exigés pour que le refus d'homologation, s'il a lieu, ne devienne pas, pour la personne qui se propose d'adopter, une cause de déconsidération morale.

Sa décision est-elle un *jugement* proprement dit? Qu'est-ce donc?

1004. — La loi appelle *jugement* l'acte par lequel le tribunal de première instance homologue ou refuse d'homologuer l'adoption qui lui est soumise. Il y a là une erreur à rectifier. Le *jugement* est la décision d'un tribunal sur un *différend* qui lui est soumis ; or, dans l'espèce, il n'y a point de *différend,* point de procès entre les parties. L'homologation ou le refus d'homologation n'est donc pas un *jugement* proprement dit ; c'est un acte de juridiction purement gracieuse.

Quelles formalités faut-il remplir pour l'homologation de la Cour d'appel?

— Dans le mois qui suit, *le jugement* du tribunal de première instance est soumis à la Cour d'appel (voy. la *Form.* 127), qui instruit dans les mêmes formes que le tribunal de première instance et prononce, sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé* ou *le jugement est réformé ; en conséquence, il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.* — Si la Cour admet l'adoption, sa décision doit être prononcée à l'*audience,* et affichée en tels lieux et en tel nombre que la Cour d'appel juge convenable. Il n'y a plus alors, en effet, de raison pour la tenir secrète ; il importe, au contraire, qu'elle soit rendue publique, puisqu'elle modifie l'état des parties.

La Cour peut-elle homologuer l'adoption qui a été rejetée par le tribunal de première instance? et, réciproquement, rejeter celle qu'il a homologuée?

— Ainsi, l'adoption est soumise à une double vérification judiciaire : l'une est faite par le tribunal de première instance, l'autre par la Cour d'appel ! Mais remarquez qu'il n'est pas nécessaire que l'adoption reçoive une *double* homologation. Celle de la Cour d'appel est indispensable ; mais il n'en est pas de même de celle

du tribunal de première instance. La décision de la Cour est souveraine, quel que soit le parti qu'elle prenne. L'adoption rejetée en première instance peut donc être admise par la Cour, et réciproquement (1).

1005. — TROISIÈME FORMALITÉ. — *Inscription du contrat d'adoption sur les registres de l'état civil.* — Dans les trois mois qui suivent l'homologation donnée par la Cour, l'adoption doit être inscrite, à la réquisition *de l'une* ou *de l'autre* des parties, sur le registre de l'état civil du domicile de l'adoptant. — Cette inscription n'a lieu que sur le vu d'une expédition en forme de l'acte d'homologation (voy. la *Form.* 128).

L'adoption ne doit-elle pas être inscrite sur des registres ? Sur quels registres ? Dans quel délai et à la requête de qui doit-elle être inscrite ?

L'adoption qui n'a pas été inscrite dans ce délai reste sans effet. De là il faut conclure que, tant qu'elle n'a pas été inscrite, elle est révocable par le *consentement mutuel des parties*, quoiqu'elle ait été homologuée : elles peuvent, en effet, l'empêcher de valoir, en négligeant de la faire inscrire dans le délai de la loi.

Quid, si elle n'a pas été inscrite dans le délai légal ?

1006. — Dès qu'elle est inscrite, elle est irrévocable, en ce sens que les parties, *quoique d'accord à cet effet*, ne peuvent pas la mettre à néant si elle est valable. Mais reste le droit de la faire annuler, sous la condition de prouver que les magistrats qui l'ont homologuée ont été trompés par la production de fausses pièces ou par la dissimulation de certains faits, ou, plus généralement, sous la condition de démontrer l'absence de l'une des conditions prescrites *pour la validité*.

Est-elle irrévocable après qu'elle a été inscrite ? En quel sens l'est-elle ?

1007. — La question de validité ou de non-validité de l'adoption doit être portée directement devant les tribunaux ordinaires, conformément au droit commun : car ce qu'on attaque, ce n'est pas *un jugement* ou *un arrêt*, c'est tout simplement un contrat qui, bien que vérifié et approuvé en justice, conserve toujours son caractère primitif de contrat (2).

Où et en quelle forme peut-elle être attaquée ?

§ V. *Des effets de l'adoption.*

1008. — Les effets de l'adoption sont relatifs : Art. 347 à 352.

1° Au lien de parenté qu'elle établit entre les parties;
2° A la transmission du nom de l'adoptant à l'adopté;
3° A l'obligation alimentaire;
4° Aux empêchements prohibitifs du mariage qu'elle engendre entre certaines personnes;
5° A la succession de l'adoptant et de l'adopté.

Quels sont les effets de l'adoption ?

1009. — I. DU LIEN DE PARENTÉ QUE FAIT NAITRE L'ADOPTION ENTRE

La parenté qu'elle

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 205; *Cours de Code civ.*, t. I, p. 476; Demol., n° 99; Duv., *sur Toull.*, t. II, n° 998; Aubry et Rau, t. VI, § 557, note 7.

(2) MM. Delv., t. I, p. 98; Dur., t. III, n°s 329 et 330; Duv., *sur Toull.*, t. II, n° 1019; Aubry et Rau, t. VI, § 558, notes 13 et 14; Dem., *Progr.*, n° 350; Marc., sur l'art. 360; Demol., n°s 187 et s.; Val., *Cours de Code civ.*, t. I, p. 481; Laurent, t. IV, n° 236.

fait naître est-elle de même nature que celle que le mariage établit entre les enfants et leurs père et mère? Sous quels rapports en diffère-t-elle ? Quels sont les effets de cette *quasi-parenté?*

LES PARTIES. — L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté un *quasi-rapport* de paternité et de filiation. Je dis une *quasi parenté*, parce que la parenté qu'elle fait naître est incomplète ou imparfaite sous plusieurs rapports. Ainsi :

1° L'adoptant n'a sur la personne et sur les biens de l'adopté aucun des attributs de la puissance paternelle : nous verrons tout à l'heure que cette puissance appartient exclusivement aux père et mère légitimes de l'adopté;

2° Le lien qui unit l'adoptant à l'adopté, restreint à leurs personnes, ne les rattache point à leurs parents : aucune parenté n'existe entre l'adopté et les parents de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et les parents de l'adopté. Il n'y a pas à cet égard à distinguer entre les parents que les parties avaient *avant* et ceux qu'elles ont eus *depuis* l'adoption : la règle est absolue.

Les effets attachés à cette *quasi-parenté* ont trait : 1° à la transmission du nom; 2° à l'obligation alimentaire; 3° à la succession de l'adoptant et de l'adopté. — Peut-être pourrait-on en déduire encore les incapacités et présomptions légales établies par les articles 911, 1100 et 975 (voy., en outre, les art. 299 et 312, C. pén.).

Quelles conséquences faut-il tirer : 1° Du principe que l'adopté n'entre point dans la famille de l'adoptant ?

1010. — Du principe que l'adopté n'entre point dans la famille de l'adoptant, qu'aucun lien de parenté ne l'unit aux parents de ce dernier, il résulte :

1° Que l'adopté ne doit point d'aliments aux ascendants de l'adoptant, et réciproquement qu'il n'a pas le droit d'en exiger d'eux.

2° Qu'il n'existe aucun droit de successibilité entre lui et les parents de l'adoptant.

2° Du principe que l'adoption n'établit aucun lien de parenté entre l'adoptant et les parents de l'adopté.

1011. — Du principe que l'adoption n'établit aucun lien de parenté entre l'adoptant et les parents de l'adopté, il résulte :

1° Que l'adoptant ne doit pas d'aliments aux enfants de l'adopté et réciproquement qu'il n'a pas le droit d'en exiger d'eux;

2° Qu'ils ne peuvent à aucun titre, c'est-à-dire ni de leur chef ni par représentation, prétendre à sa succession (voy., dans le 2° vol., n° 105, le développement de cette règle).

3° Du principe que l'adopté reste dans sa famille.

1012. — L'adopté reste dans sa famille naturelle; il y conserve tous ses droits et tous ses devoirs. De là il résulte :

1° Que l'obligation alimentaire subsiste entre lui et ses ascendants ou ses alliés, dans les cas déterminés par la loi (art. 205, 206 et 207);

2° Que les droits de successibilité réciproque existants entre lui et ses parents continuent d'exister sans aucune modification (voy. toutefois les art. 351 et 352);

3° Que ses père et mère conservent sur lui leur droit de puissance paternelle, avec tous ses attributs, tels que le droit de correction (art. 375 et suiv.), le droit de jouissance légale (art. 384), et le droit de consentir à son mariage... .

Quels noms porte l'adopté

1013. — II. TRANSMISSION DU NOM. — L'adopté ajoute à son nom

de famille le nom de l'adoptant. Toutefois, lorsque l'adoption a été faite par une femme mariée ou par une veuve, ce n'est pas le nom de son mari, c'est le sien propre, son nom de fille, qui est transmis à l'adopté.

1014. — III. Empêchements de mariage nés de l'adoption. — Le mariage est prohibé :

Quels empêchements au mariage résultent de l'adoption

1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

2° Entre les enfants adoptifs du même individu ;

3° Entre l'adopté et les enfants qui peuvent survenir à l'adoptant ;

4° Enfin entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

Ces empêchements ne sont point fondés sur la parenté, puisqu'ils s'appliquent à certaines personnes entre lesquelles aucune parenté n'existe. On les explique par des considérations morales, et surtout par le danger qu'il y aurait à permettre le mariage entre des personnes qui souvent habitent sous le même toit.

L'énumération de ces empêchements est-elle *limitative ?*
Qu'en faut-il conclure ?

— L'énumération des empêchements de mariage que fait naître l'adoption étant *limitative*, il en résulte que le mariage est permis entre toutes personnes autres que celles qui sont désignées dans notre article, et, par exemple, entre l'adoptant et le conjoint d'un enfant de l'adopté, ou entre l'adopté et la sœur de l'adoptant...

Les empêchements nés de l'adoption sont-ils *dirimants* ou simplement *prohibitifs* ?

— Les empêchements nés de l'adoption sont-ils *dirimants* ou simplement *prohibitifs?* La loi est muette sur ce point : aussi est-il controversé.

On les range généralement dans la classe des empêchements simplement prohibitifs, conformément au principe qu'il n'y a de nullités, en matière de mariage, que celles qui sont établies par un texte formel et positif (1). Quelques personnes, cependant, les rangent parmi les empêchements dirimants. Si, disent-elles, la loi n'en a pas parlé au chapitre *des nullités de mariage*, c'est qu'à l'époque où ce chapitre a été fait, la disposition de notre article 348 n'existait pas encore (2).

Art. 350 à 352.

1015. — IV. Successions de l'adoptant et de l'adopté. — 1° *Succession de l'adoptant.* — L'adopté a sur la succession de l'adoptant *tous les droits qu'y aurait un enfant légitime;* et il en est ainsi alors même qu'il existe des enfants légitimes survenus à l'adoptant depuis l'adoption.

L'adopté succède-t-il à l'adoptant
Quels droits a-t-il sur sa succession ?
Quid, si l'adoptant a laissé des enfants légitimes survenus depuis l'adoption
Quelles conséquences faut-il tirer du principe que l'adopté a sur la succession de l'adoptant *les droit d'un enfant légitime ?*

— Du principe que l'adopté a sur la succession de l'adoptant *les droits d'un enfant légitime*, il résulte :

1° Que l'adopté succède à l'adoptant, à l'exclusion de ses ascendants, de ses collatéraux, et, à bien plus forte raison, de son conjoint;

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 463, p. 81 et 82, note 3; Demol., *traité du mariage*, t. I, n° 338 ; Laurent, t. II, n° 484.

(2) Merlin, *Répert.*, v° Empêchement de mariage, § IV, art. 29; Duc., Bonn. et Roust., t. 1, n° 519.

2° Qu'il succède en concours, et par égale portion, soit avec les enfants légitimes de l'adoptant, soit avec les autres enfants adoptifs;

3° Qu'il réduit à la portion déterminée par l'article 757 le droit des enfants naturels reconnus par l'adoptant;

4° Qu'il a droit à une réserve sur les biens de l'adoptant : car la réserve est un véritable droit de succession (voy. l'explic. de l'art. 913);

5° Qu'il fait, par sa présence, obstacle à l'ouverture de la succession anomale établie par l'article 747 en faveur des ascendants donateurs (voy. l'explic. de cet article) (1).

L'adoptant ou ses parents succèdent-ils à l'adopté ?

1016. — 2° *Succession de l'adopté.* — L'adoptant ni ses parents n'y ont aucun droit : ils en sont exclus, non seulement par les parents légitimes de l'adopté, mais encore par les enfants naturels qu'il a reconnus, et même, à défaut de parents légitimes et d'enfants naturels, par son conjoint et par l'État. En d'autres termes, la succession de l'adopté est réglée par le droit commun, *comme s'il n'y avait pas eu d'adoption.*

Ce principe ne souffre-t il pas une exception ? A quels biens cette exception s'applique-t-elle ? A quelles conditions est subordonnée l'ouverture de ce droit exceptionnel de succession? Comment appelle-t-on ce droit de succession ? A quelles personnes peut-il appartenir? Quelles différences y a-t-il entre le cas où il s'ouvre dans la personne de l'adoptant et celui où il s'ouvre dans la personne des descendants de l'adoptant ?

Toutefois, et par exception à ce principe, les biens que l'adopté a reçus de l'adoptant, ou qu'il a recueillis dans sa succession, ne passent point à la famille de l'adopté; ils font retour à l'adoptant, ou, s'il est mort, à ses descendants. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut : 1° que l'adopté n'ait point laissé d'enfants, ou que les enfants qu'il a laissés soient tous décédés sans postérité; 2° que les biens qui viennent de l'adoptant se retrouvent en nature dans la succession de l'adopté, ou du dernier mourant de ses enfants.

1017. — Ce droit de retour est différemment réglé suivant qu'il s'agit de l'adoptant lui-même ou de ses descendants :

1° Le droit de retour qui s'ouvre dans la personne de l'adoptant ne comprend évidemment que les biens que ce dernier a *donnés,* par acte entre-vifs, à l'adopté; lors, au contraire, que ce droit s'ouvre dans la personne des descendants de l'adoptant, il comprend non seulement les biens que l'adopté a reçus par donation de l'adoptant, mais encore ceux qu'il a recueillis, soit comme héritier *ab intestat*, soit comme légataire, dans sa succession;

(1) Toutefois il ne faut pas croire que les droits des enfants adoptifs, dans leurs rapports avec l'adoptant, soient absolument identiques à ceux dont jouissent les enfants légitimes. Cette identité est absolue *quant aux droits de succession;* mais d'autres droits existent, qu'ont les enfants légitimes et que n'ont pas les enfants adoptifs. Ainsi :

1° La survenance d'un enfant légitime révoque de plein droit les donations faites antérieurement à sa naissance par son père ou par sa mère qui au moment de la donation n'avait pas d'enfant actuellement vivant; les donations faites par l'adoptant subsistent, au contraire, nonobstant l'adoption (voy. notre t. II, n° 763).

2° La présence d'un enfant légitime peut faire obstacle à l'ouverture du retour conventionnel dont il est parlé dans l'art 951 ; la présence d'un enfant adoptif n'a point cet effet.

2° L'adoptant qui a survécu est appelé à reprendre les biens qui viennent de lui, non seulement dans la succession de l'adopté mort sans enfants, mais encore, lorsque les enfants qu'a laissés l'adopté sont tous morts sans postérité, dans celle du dernier mourant de ces enfants. Le droit de retour ne peut, au contraire, s'ouvrir dans la personne des descendants de l'adoptant prédécédé, *qu'autant que l'adopté est mort sans postérité.*

1018. — L'adoptant ou ses descendants ne recueillent les biens qui leur font retour qu'à la charge de contribuer au paiement des dettes de la succession, et sous la condition de respecter les droits d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque..., consentis par l'adopté sur les biens qu'ils reprennent. — Ce droit de retour est, au reste, de la même nature que celui dont il est parlé dans l'article 747. Il faut donc, pour en connaître les caractères et les effets, se reporter à l'explication de cet article.

Ceux au profit desquels il s'ouvre doivent-ils contribuer au paiement des dettes de l'adopté

CHAPITRE II. — De la tutelle officieuse (1).

Art. 361 à 370.

1019. — La tutelle officieuse a trois caractères : c'est, 1° un contrat de bienfaisance; 2° un moyen de préparer et de faciliter l'adoption; 3° une tutelle.

Quels sont les différents caractères de la tutelle officieuse?

1020. — I. C'est un contrat de bienfaisance. — Considérée à ce point de vue, on la définit : le contrat par lequel une personne prend envers un enfant mineur l'engagement d'administrer *gratuitement* sa personne et ses biens, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie.

N'est-ce pas un contrat?

Qu'est-ce que ce contrat?

— Si le tuteur officieux meurt sans avoir adopté son pupille, il est fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, sont réglées, soit amiablement entre les représentants de l'enfant et ceux du tuteur décédé, soit judiciairement en cas de contestation.

Quid, si le tuteur officieux meurt sans avoir adopté son pupille?

— Lorsqu'à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter et que le pupille y consent, il est procédé à l'adoption selon les formes prescrites pour l'adoption ordinaire, et les effets en sont de tous points les mêmes.

A quelle époque peut-il l'adopter

Quelles sont les formes de cette adoption?

— Si, dans les trois mois qui suivent la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption (voy. la *Form.* 130), sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux peut être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci se trouve de pourvoir à sa subsistance (voy. la *Form.* 131). — Cette indemnité se résout en secours propres à lui procurer un

Quid, s'il refuse de l'adopter?

(1) Cette institution (elle est due aux rédacteurs du Code civil) n'est pas entrée dans nos mœurs. Elle est d'une application si rare que M. Duranton a pu dire d'elle qu'elle est dans notre Code *comme un objet de luxe.*

métier; le tout sans préjudice des stipulations qui ont pu être faites dans la prévoyance de ce cas.

Où et comment se forme le contrat de tutelle officieuse ? A quelles conditions est-il permis ?

— Le contrat de tutelle officieuse se fait devant le juge de paix du domicile de l'enfant (voy. la *Form.* 129). Il faut, pour qu'il soit valable,

De la part du tuteur :

1° Qu'il ait plus de cinquante ans; 2° qu'il n'ait point d'enfants ou de descendants légitimes; 3° qu'il soit capable de gérer une tutelle ordinaire (voy. art. 442 et s.); toutefois les femmes peuvent se charger d'une tutelle officieuse, bien qu'en règle générale la tutelle ordinaire leur soit interdite; 4° qu'il obtienne, s'il est marié, le consentement de son conjoint.

Du côté du pupille :

1° Qu'il soit âgé de moins de quinze ans; 2° qu'il ait le consentement de ses père et mère ou du survivant d'eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille; ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence.

En quel sens la tutelle officieuse prépare-t-elle et facilite-t-elle l'adoption ?

1021. — II. C'EST UN MOYEN DE PRÉPARER ET DE FACILITER L'ADOPTION. — Elle prépare et facilite l'adoption, sous deux rapports :

1° On ne peut adopter que la personne à laquelle on a, pendant qu'elle était mineure, et durant six ans, donné des soins continus (art. 345). Or, souvent il arrive que la famille de l'enfant hésite à le confier à la personne qui a le projet de l'adopter: elle craint que cette personne, après s'être occupée d'abord de l'enfant, ne l'abandonne ensuite sans l'avoir ni adopté, ni mis à même de subvenir à sa subsistance. Le contrat de tutelle officieuse, en assurant l'avenir de l'enfant, lève les scrupules de sa famille.

2° Suivant le droit commun, on ne peut adopter que les *majeurs* (art. 346). Or, l'homme qui est âgé, et qui se propose d'adopter, craint souvent de mourir avant la majorité de la personne qu'il veut s'attacher. La tutelle officieuse pare à cet inconvénient : le tuteur officieux peut, en effet, conférer par son testament, au *mineur* qu'il s'est attaché, le bénéfice de l'adoption.

Comment se fait alors l'adoption ? Quel nom lui donne-t-on ? A quelles conditions est-elle subordonnée ?

Cette adoption, dite *testamentaire*, est subordonnée à une triple condition. Il faut : 1° que le testament qui la confère ait été fait cinq ans au moins après l'établissement de la tutelle officieuse (1); 2° que le tuteur officieux décède avant la majorité du pupille; 3° qu'il ne laisse point d'enfants légitimes.

Sous quels rapports diffère-t-elle de l'adoption ordinaire ?

L'adoption *testamentaire* diffère sous les rapports suivants de l'adoption *ordinaire :* 1° elle peut avoir lieu au profit d'un *mineur;* 2° le tuteur officieux n'a pas besoin, pour la faire, du consentement de son conjoint; 3° la loi n'exige pas qu'il ait *pendant six ans* donné des soins ou fourni des secours à l'adopté : il suffit qu'il se soit écoulé *cinq ans* depuis l'établissement de la tutelle

(1) Val., *Cours de C. civ.*, p. 485. — M. Laurent enseigne, au contraire, qu'il suffit que les cinq ans soient écoulés lors de la mort du tuteur (t. IV, n° 243).

officieuse ; 4° enfin il n'est pas nécessaire qu'elle soit homologuée par la justice et inscrite sur les actes de l'état civil.

1022. — III. C'est une tutelle. — Le tuteur officieux a, du moins en principe, les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un tuteur ordinaire. Ainsi : 1° il a la garde et le gouvernement de la personne du pupille ; 2° il administre ses biens ; 3° il doit dans tous les cas rendre compte de sa gestion ; 4° ses immeubles sont grevés d'une hypothèque légale au profit de son pupille (art. 2121). Quels sont les droits et les devoirs du tuteur officieux ?

— Toutefois sa tutelle diffère, sous quelques rapports, de la tutelle ordinaire. Ainsi : Sous quels rapports diffère-t-elle de la tutelle ordinaire ?

1° Elle est purement *volontaire*, tandis que la tutelle ordinaire est une *charge qu'on ne peut refuser* sans un motif légitime d'excuse (art. 427 et s.).

2° Le tuteur ordinaire n'est pas obligé d'élever et de nourrir à ses propres frais le pupille qui lui est confié ; le tuteur officieux, au contraire, est obligé de remplir gratuitement tous ses devoirs.

TITRE NEUVIÈME

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

SECTION PREMIÈRE. — Généralités.

23e *Répétition.*

1023. — I. But de la puissance paternelle. — Elle a été organisée : Dans quel but la puissance paternelle a-t-elle été organisée?

1° *Dans l'intérêt de l'enfant.* L'homme est voué à l'ignorance dans les premières années de sa vie ; il a tout à apprendre, et est inhabile à s'instruire lui-même. Mais, à côté de sa faiblesse, la nature a placé un protecteur ; à côté de son inexpérience, un guide ; ses père et mère veillent sur lui ; ils le forment en l'instruisant. Or, comment le diriger sans l'autorité ? comment le défendre contre ses passions, s'il était indépendant ? La puissance paternelle n'est donc qu'un instrument mis entre les mains des père et mère pour les aider à faire avec succès l'éducation physique et morale de leurs enfants.

2° *Dans l'intérêt des père et mère :* car l'homme n'est jamais plus heureux que lorsqu'il est témoin des succès de ses enfants et de l'estime publique dont ils jouissent.

3° *Dans l'intérêt de l'État.* La puissance paternelle est, en effet, l'élément moralisateur de la famille ; or, la famille, c'est l'élément primitif et nécessaire de toute société.

Qu'est-ce que la puissance paternelle considérée *lato sensu ?*
Quels sont ses attributs ?

1024. — II. Définition de la puissance paternelle. — Énumération sommaire de ses attributs. — Dans un sens très large, la puissance paternelle est l'ensemble des droits que la loi confère aux ascendants, dans leurs rapports avec leurs descendants. Les attributs de la puissance paternelle, envisagés *lato sensu*, sont fort nombreux. Je citerai, à titre d'exemples : 1° le droit d'élever nos enfants, et de les priver momentanément de leur liberté, lorsqu'ils manquent à leurs devoirs (art. 372 et s.); 2° le droit d'administrer leurs biens (art. 389), et d'en percevoir les revenus, avec dispense d'en rendre compte (art. 384); 3° le droit de consentir à leur mariage, ou au moins d'être consulté par eux, lorsqu'ils ont atteint l'âge où il leur est permis de se marier par eux-mêmes (art. 148 et s.); 4° le droit de former opposition à leur mariage (art. 173); 5° le droit de consentir à leur adoption ou de l'empêcher (art. 346); 6° le droit, accordé au dernier mourant des père et mère, de choisir un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs (art. 397); 7° le droit de tutelle (art. 390 et 402); 8° le droit d'émancipation (art. 477).

Qu'est-ce dans un sens plus restreint et spécial?
Quels sont alors ses attributs ?

Dans un sens plus restreint et spécial, la puissance paternelle est le droit qu'ont les père et mère de faire ou de diriger l'éducation de leurs enfants. A côté de ce *droit d'éducation,* se placent d'autres droits qui en sont comme le corollaire ou le complément nécessaire, savoir : les droits *de garde; de correction; d'administration* et *de jouissance légale.* Ainsi : 1° *droit d'éducation,* et, comme corollaire, 2° droit *de garde;* 3° droit *de correction* ; 4° droit *d'administration ;* 5° droit *de jouissance légale.* Tels sont les attributs de la puissance paternelle *proprement dite.* Ces droits font l'objet de notre Titre. Toutefois le droit *d'administration* a été réglé à part, au Titre *de la tutelle* (art. 389).

Quant aux autres attributs de la puissance paternelle, on les trouve épars çà et là dans les autres parties de notre Code.

Art. 373.

A qui appartient-elle
Les ascendants n'ont-ils pas, à défaut des père et mère, quelques-uns des attributs de la puissance paternelle ?
La mère l'exerce-t-elle concurremment avec le père ?
Quand l'exerce-t-elle?
Quid, si le père est vivant, mais incapable de l'exercer ?

1025. — III. A qui appartient la puissance paternelle. — En principe, elle n'appartient qu'aux père et mère.

Toutefois, par exception à ce principe, la puissance paternelle passe, à défaut des père et mère, aux ascendants : 1° quant au droit de *consentement* ou de *conseil,* lorsqu'il s'agit du mariage des enfants (art. 148 et s.); 2° quant au droit de tutelle (art. 402).

1026. — La puissance paternelle appartient, tout à la fois, au père et à la mère; mais, pendant le mariage, le père, auquel la mère est elle-même soumise, en a seul l'exercice. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage et lorsque la mère est survivante, qu'elle est appelée à user de son autorité. Telle est la règle; mais il y a des exceptions. Et, en effet, dans tous les cas où le père, *quoique vivant,* se trouve *incapable* d'agir, la mère le remplace dans le gouvernement domestique de la famille. Si la loi ne s'en est pas expliquée, c'est qu'il est extrêmement rare que le mari devienne autrement que par son décès, incapable d'exercer son autorité

elle a statué sur le *plerumque fit*. Les articles 141 et 149 ne peuvent laisser aucun doute à cet égard.

La pensée de la loi est donc celle-ci : tant que le père est *vivant* et *capable* d'agir, c'est à lui, à lui seul, qu'appartient l'exercice de la puissance paternelle. La mère manquerait à l'obéissance et au respect qu'elle lui doit, si elle intervenait dans le gouvernement de la famille ; son intervention serait pleine de conflits ; la paix du ménage en serait troublée et le bonheur des enfants compromis. Mais, dès que par son absence ou son interdiction, il devient *incapable* du gouvernement que la loi lui a confié, la mère devient alors le chef de la famille.

1027. — Le principe que la mère n'est point associée à l'exercice de la puissance paternelle tant que son mari est *vivant et capable d'agir lui-même,* reçoit un *tempérament* et une *exception*.

Le principe que la mère n'est point associée à l'exercice de la puissance paternelle, tant que son mari est vivant et capable de l'exercer lui-même, est-il absolu ?

Un *tempérament*... On se rappelle, en effet, qu'en ce qui touche le droit de consentir au *mariage* des enfants, le père ne peut l'exercer que sous la condition de prendre préalablement l'*avis* de la mère (voy. le n° 539).

Une exception... Elle a trait au droit de consentir à l'*adoption* des enfants. Ce droit, en effet, appartient *concurremment* au père et à la mère (voy. le n° 994). — La loi a pensé, sans doute, qu'il serait trop dur d'écarter la mère, lorsqu'il s'agit d'actes qui intéressent à un si haut degré l'avenir de ses enfants.

1028. — IV. Quand cesse la puissance paternelle. — Des causes qui, sans la faire cesser, en font perdre l'exercice ou qui la modifient. — La puissance paternelle cesse :

Art. 372.

Quand cesse la puissance paternelle ?

Ne faut-il pas, à cet égard, distinguer *le droit et l'exercice du droit ?*

Tous les attributs de la puissance paternelle cessent-ils par la majorité ou l'émancipation de l'enfant ?

1° *Par la majorité ou l'émancipation de l'enfant.* — Toutefois, quelques-uns de ses attributs sont *perpétuels :* tels sont *le droit au respect* (art. 371), et le droit d'être au moins *consulté,* par l'enfant qui veut se marier (art. 151). Parmi ceux qui sont *temporaires,* il en est deux qui durent même après la majorité de l'enfant et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus ; je veux parler du droit *de consentement,* attribué, d'une part, aux père et mère, ou, à leur défaut, aux ascendants, *quant au mariage* que veulent contracter leurs fils ou petits-fils ; et, d'autre part, aux père et mère seulement, *quant à l'adoption* soit de leurs *filles,* soit de leurs *fils* (article 346).

2° Lorsque le père ou la mère a été *condamné* pour avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant (art. 335, C. pén.).

1029. — L'*exercice* de la puissance paternelle cesse lorsque le père ou la mère qui en est nanti est en état d'absence ou d'interdiction (art. 141).

Dans quels cas le père (ou la mère) est-il privé de l'exercice du droit de puissance paternelle?

La justice peut-elle suspendre ou modifier l'exercice de la puissance paternelle?

Dans quels cas le peut-elle ?

Il peut, de plus, en ce qui touche quelques-uns de ses attributs, être suspendu ou modifié par une décision judiciaire. Les tribunaux ont, en effet, sur l'exercice de la puissance paternelle, un pouvoir réglementaire, en vertu duquel il leur est permis de prendre les mesures que l'intérêt de la société et de l'ordre pu-

blic rend nécessaires. Ainsi, par exemple, la justice est-elle instruite de l'un ou de l'autre de ces faits :

Que le père ou la mère se livre envers son enfant à des violences ou à de mauvais traitements qui pourraient compromettre son intelligence ou même sa vie ;

Que personne ne pourvoit ni à sa nourriture, ni à son entretien, ni à son éducation ;

Que la maison paternelle est un lieu de débauche;

Que le père ou la mère se livre à l'immoralité sous les yeux de son enfant, qui en est le témoin :

Elle intervient alors et réprime l'abus, en autorisant l'enfant à quitter la maison paternelle et à se retirer chez une tierce personne, qu'elle indique sur la proposition de la famille (voy. la *Form.* 132), ou qu'elle désigne d'office (1).

Le second mariage de la mère n'a-t-il pas une certaine influence sur la puissance paternelle ?

1030. — Nous verrons enfin que la mère *qui contracte un second mariage,* perd, *de plein droit,* deux des attributs de sa puissance, le droit de *correction* (art. 381) et le droit de *jouissance légale* (art. 386). Le conseil de famille peut, en outre, lui retirer, pour la même cause, *le droit* de tutelle; elle le perd même de plein droit si, avant son mariage, elle n'a pas pris soin de convoquer le conseil de famille pour qu'il délibère sur la question de savoir si la tutelle lui sera ou non retirée (art. 395).

Cette influence est-elle la même à l'égard du père?

Le second mariage du père n'entraîne pas les mêmes déchéances ; son effet se borne à modifier, en le restreignant dans de certaines limites, le *droit de correction* (art. 380). Quant aux droits de *jouissance légale* et de *tutelle,* le père, quoique remarié, les conserve intacts (voy., au n° 1049, la raison de cette différence).

Art. 371.

Quel est le premier devoir des enfants envers leurs père et mère ?

Qu'a de particulier cet attribut de la puissance paternelle ?

1031. — V. D'UN ATTRIBUT PARTICULIER QUE LA LOI A PLACÉ AU FRONTISPICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE. — « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » Cet attribut de la puissance paternelle a ceci de particulier :

1° Qu'il ne finit point par la majorité ou l'émancipation de l'enfant ;

2° Qu'il appartient à la mère, même pendant le mariage;

3° Qu'il est commun aux ascendants et au père et à la mère ;

4° Qu'il n'a point de sanction civile : c'est un précepte de *pure morale,* que la loi a placé en tête de notre matière, parce qu'il est comme la source des droits et des devoirs compris dans la puissance paternelle.

Un enfant peut-il : 1° Demander des réparations civiles à ses père et mère ou autres ascendants, à raison d'un vol commis par eux à son préjudice? 2° Exercer contre eux le droit de contrainte par corps ?

1032. — On a toutefois essayé d'en déduire une sanction civile, en dehors des conséquences que la loi en a elle-même tirées. Quelques personnes ont, en effet, conclu que l'enfant est *incapable* d'intenter contre ses père et mère *des actions déshonorantes.* Ainsi, disent-elles, il ne lui sera point permis : 1° de demander des réparations civiles à ses père et mère, ou autres ascendants, à rai-

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. VI, § 550, p. 82; Laurent, t. IV, nos 274, 291 et 292.

son d'un vol qu'ils auraient commis à son préjudice; 2° d'exercer contre eux un droit de *contrainte par corps* (1).

Ce système est critiqué, et, je crois, avec raison. Quant à l'action en réparations civiles, l'article 380 du Code pénal est formel dans le sens contraire à celui qu'on propose : j'y vois, en effet, très clairement établi le droit pour l'enfant de poursuivre, en réparations civiles, ses père et mère, à raison d'un vol qu'ils ont commis à son préjudice.

En ce qui touche la *contrainte par corps,* la question, après avoir été longtemps controversée, a été tranchée par le législateur lui-même : l'enfant n'y peut jamais conclure contre ses ascendants (art. 15 de la loi du 22 juillet 1867). Mais cette solution législative n'est point, ainsi qu'on le croit communément, une conséquence du *respect* dû aux ascendants par leurs enfants : ce qui le prouve, c'est que la même loi fait également défense aux *ascendants* d'exercer la contrainte par corps contre leurs *descendants;* elle la prohibe même contre les *frères* et *sœurs* ou *alliés au même degré.* En faisant ces prohibitions *générales,* le législateur a voulu éviter de jeter dans les familles un ferment de discorde et de haine; mais évidemment il ne s'est point préoccupé du droit moral dont jouissent seuls les *ascendants* dans leurs rapports avec leurs descendants. C'est donc à tort qu'on s'appuie sur cette défense faite à l'enfant d'exercer contre ses ascendants un droit de *contrainte par corps,* pour en déduire cette conséquence générale, qu'il est incapable de former contre eux des actions qui pourraient les blesser dans leur honneur. J'ajoute que les rédacteurs du Code ont plusieurs fois répété, au Conseil d'État et au Tribunat, que la règle écrite dans notre article n'est point *une disposition législative* (2).

— Nous arrivons enfin aux attributs de la puissance paternelle proprement dite.

SECTION II. — De la puissance paternelle proprement dite, ou du droit d'éducation.

1033. — Les père et mère ont tout à la fois le droit et le devoir d'élever leur enfant, c'est-à-dire de développer ses facultés physiques et morales. C'est à eux qu'est confié le soin de régler ses mœurs et de former son intelligence. Ce sont eux, et ils ont à cet égard un plein pouvoir, qui déterminent le genre d'éducation qu'il recevra, le lieu où il doit résider pour son éducation ou pour son apprentissage; eux, enfin, qui choisissent les maîtres qu'ils placent près de lui.

Quel est l'attribut principal et essentiel de la puissance paternelle?

(1) MM. Dur., t. III, n° 350; Bug., à son cours.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 238; *Cours de Code civ.*, t. I, p. 489; Demol., n° 275; Laurent, t. IV, n° 270.

Quels autres droits découlent de ce *droit d'éducation?*

— Du droit *d'éducation* dérivent, comme des corollaires nécessaires :

1° Le *droit de garde;*
2° Le *droit de correction;*
3° Le *droit de jouissance légale.*

§ I. *Du droit de garde.*

Art. 374.

L'enfant a-t-il le droit de quitter la maison paternelle sans le consentement de son père?

1034. — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle (ou tout autre lieu dans lequel il a été placé) sans le consentement de son père (ou de sa mère, lorsque c'est elle qui exerce la puissance paternelle) (voy. la *Form.* 133), si ce n'est pour enrôlement volontaire et après l'âge de vingt ans révolus. Le Code avait fixé l'âge de dix-huit ans; la loi du du 21 mars 1832 l'a porté à vingt (1).

Quid, s'il le fait?

— L'enfant qui déserte la maison paternelle peut être arrêté partout où on le retrouve, et ramené *manu militari* dans le lieu où son père veut qu'il réside. Son arrestation peut être effectuée en vertu d'un ordre délivré par le président du tribunal, sur la demande du père (arg. par *à fortiori,* tiré de l'art. 376).

§ II. *Du droit de correction.*

Art. 375 à 382.

Qu'est-ce que le droit *de correction?*

1035. — I. Ce que c'est que ce droit. — Afin de donner aux père et mère le moyen d'exercer efficacement leur *droit d'éducation,* la loi leur accorde *le droit de correction.* Ce droit consiste dans la faculté de faire détenir, pendant un certain temps, l'enfant sur la conduite duquel ils ont de graves sujets de mécontentement.

En quel lieu l'enfant peut-il être détenu?

1036. — II. Du lieu où l'enfant peut être détenu. — La loi n'en indique et n'en exclut aucun. Ses parents ou le magistrat qui délivre l'ordre d'arrestation ont, à cet égard, toute latitude. Ils doivent toutefois éviter (l'observation en a été faite au Conseil d'État) de placer l'enfant dans une *maison de correction,* c'est-à-dire dans une *prison publique :* son contact journalier avec des malfaiteurs achèverait de le corrompre.

1037. — III. Comment s'exerce le droit de correction. — L'exercice de ce droit est différemment réglé, suivant qu'il appartient au *père* ou à la *mère.*

Que doit faire le père qui veut faire détenir son enfant?

Pourquoi faut-il qu'il obtienne, à cet effet, du président du tri-

1038. — *Du droit de correction exercé par le père.* — Le père qui veut faire détenir son enfant n'a pas besoin de se faire autoriser à cet effet *par le tribunal;* il suffit qu'il obtienne *du président* un ordre d'arrestation. Cet ordre d'arrestation est, dans tous les cas,

(1) La loi du 27 juillet 1872 (art. 46) dit, de même : « Si l'engagé volontaire « a moins de vingt ans, il doit justifier du consentement de ses père et « mère. »

nécessaire : car, tout ce qui touche à la liberté individuelle sortant du droit privé, le père ne peut point, de sa propre autorité, faire arrêter et renfermer son enfant : les agents de la force publique auxquels il s'adresserait ne lui obéiraient pas.

bunal, un ordre d'arrestation ?

Ainsi, point de détention sans un ordre exprès du président du tribunal; mais cet ordre, le président *doit*-il le donner?

Le président est-il *obligé* de donner cet ordre d'arrestation ?

La loi fait, à cet égard, une distinction : le père agit, en effet, tantôt par *voie d'autorité,* et tantôt par *voie de réquisition.*

... Par *voie d'autorité,* lorsque, sur sa demande, le président est *obligé* de délivrer, *sans connaissance de cause,* l'ordre d'arrestation. Le père est alors souverain; il n'a point de motifs à donner; le président n'intervient que pour légaliser sa volonté et lui prêter le concours de la force publique.

Qu'est-ce qu'agir *par voie d'autorité ?*

... Par *voie de réquisition,* lorsqu'il est obligé de faire connaître ses motifs au président, qui, après les avoir pesés dans sa sagesse et en avoir conféré avec le procureur de la République, accorde ou refuse l'ordre d'arrestation.

Par *voie de réquisition ?*

1039. — *Des cas où le père peut agir par* VOIE D'AUTORITÉ; — *des cas où il n'a que la* VOIE DE RÉQUISITION. — LA VOIE D'AUTORITÉ n'est permise que dans un seul cas, celui où l'enfant *a moins de seize ans commencés.* Et encore faut-il pour cela : 1° que cet enfant n'ait pas de biens personnels; 2° qu'il n'exerce point d'état (art. 382); 3° que son père ne soit point remarié (art. 380). Donc, quatre conditions sont nécessaires pour l'exercice du droit de correction *par voie d'autorité.* Il faut : 1° que l'enfant n'ait pas encore commencé *sa seizième année;* 2° qu'il n'ait pas de biens personnels; 3° qu'il n'ait pas d'état; 4° que sa mère vive encore, ou, si elle est morte, que le père ne se soit pas remarié.

Dans quels cas ou plutôt à quelles conditions est-il permis au père d'agir *par voie d'autorité?*

De là il suit que la VOIE DE RÉQUISITION est nécessaire, d'une part, 1° lorsque l'enfant a commencé sa seizième année; d'autre part, *même au-dessous de seize ans,* 2° lorsque l'enfant a des biens personnels; 3° lorsqu'il exerce un état; 4° dans tous les cas, lorsque son père est remarié.

Dans quels cas ne peut-il agir que *par voie de réquisition?*

1040. — 1° *Lorsque l'enfant a commencé sa seizième année.* — Au-dessous de cet âge, l'extrême jeunesse de l'enfant est une garantie que le père n'agira point à son égard avec passion : comment, en effet, avoir des sentiments de vengeance contre un être si faible? La *voie d'autorité* ne présente alors aucun danger. Il n'en est plus de même lorsque, la raison de l'enfant étant plus développée, il se trouve par là même plus exposé à blesser la susceptibilité de ses parents. Il y avait alors à craindre que le père, cédant à des mouvements passionnés, ne se laissât égarer par des sentiments de vengeance irréfléchie : de là, le pouvoir appréciateur du président, placé à côté de l'autorité du père.

Pourquoi peut-il agir *par voie d'autorité* à l'égard de l'enfant qui n'a pas commencé sa seizième année ?

Pourquoi n'a-t-il que la *voie de réquisition* à l'égard de l'enfant qui a commencé sa seizième année ?

1041. — 2° *Lorsque l'enfant a des biens personnels.* — La loi, a-t-on dit pour justifier cette exception au principe que la voie d'*autorité* est permise à l'égard des enfants *au-dessous de seize ans commencés,* a craint que le père ne cherchât, au moins quand il est

Art. 382.

A-t-il toujours la *voie d'autorité* à l'égard de l'enfant âgé

de moins de seize ans commencés ?
Pourquoi ne l'a-t-il pas lorsque l'enfant a des biens personnels ?

dissipateur, à s'emparer des biens de son enfant, et que, dans ce but, il ne lui fît acheter sa liberté par des sacrifices pécuniaires. — Mais, peut-on répondre, l'enfant ***ne peut point acheter sa liberté par des sacrifices,*** puisqu'il est ***incapable*** d'en faire : toute donation qu'il ferait à son père, toute renonciation à son profit, serait nulle et de nul effet : le danger qu'on a voulu prévenir n'était donc pas à craindre (1)!

Peut-être la loi a-t-elle pensé que ces arrangements, quoique nuls *selon le droit,* pourraient néanmoins avoir un côté fâcheux pour l'enfant, qui, le plus souvent, se croirait *moralement* obligé de les observer (2).

Pourquoi enfin n'a-t-il que la *voie de réquisition* à l'égard de l'enfant qui a un état ?

1042. — 3° *Lorsque l'enfant exerce un état.* — Il importe alors que la détention ne soit pas ordonnée légèrement : car elle peut avoir un effet irréparable, la perte de l'état de l'enfant. De là le pouvoir donné au président de peser les griefs du père, et, lorsqu'il les juge frivoles ou peu graves, de refuser l'ordre d'arrestation ou, au moins, d'abréger la durée de la détention.

Art. 380.

Quid, lorsque le père est remarié ?
Quid, s'il devient veuf une seconde fois ?

1043. — 4° *Dans tous les cas, lorsque le père est remarié.* — L'expérience a montré que l'homme qui convole en secondes noces n'a plus pour les enfants du premier lit cette affection qui sert de modérateur à sa puissance.

Et il en est ainsi, alors même que le père remarié est redevenu veuf. Il est vrai qu'alors il n'y a plus à craindre que sa nouvelle femme ne l'excite, par des artifices, contre les enfants qu'il a eus de son premier mariage; mais toujours est-il qu'il n'a plus pour eux la même tendresse ni la même impartialité. L'influence de la belle-mère a laissé des traces ineffaçables, surtout lorsqu'il existe des enfants du second lit.

Ainsi, lorsque la loi parle du père *remarié,* elle entend le père qui, après le décès de sa première femme, a contracté un second mariage, en un mot le père *qui n'est pas resté veuf* (3).

Art. 376 et 377.

Quelle peut être la durée de la détention de l'enfant ?

1044. — IV. De la durée de la détention. — Sa durée est plus ou moins longue, suivant l'âge de l'enfant.

A-t-il *moins* de seize ans commencés : ses écarts sont, en général, fort peu graves ; une courte détention suffit pour les réprimer. La loi en fixe le *maximum* à *un mois.* Le père peut même demander un temps moins long; mais le temps qu'il fixe ne peut pas être abrégé par le président du tribunal.

A-t-il au moins seize ans commencés : ses fautes peuvent être plus graves; une plus longue détention peut être nécessaire pour le ramener au bien. La loi autorise pour ce cas un *maximum* de six mois; mais alors elle permet au président d'abaisser, lorsqu'il le juge convenable, le temps de la détention requis par le père.

Art. 382 2e Alinéa.

1045. — V. Du droit d'appel accordé a l'enfant détenu. —

(1) MM. Dur., t. III, n° 355; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 243.
(2) M. Demol., n° 325.
(3) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 380; Demol., nos 322 et s.

L'autorité paternelle serait compromise si, pour faire détenir un enfant, il fallait préalablement entrer en lutte judiciaire avec lui. Ainsi, point de défense préalable : les griefs du père étant réputés fondés, l'arrestation de l'enfant a lieu provisoirement et sans qu'il soit besoin de l'entendre. Lorsqu'il est détenu, mais alors seulement, il lui est permis d'adresser un mémoire au procureur général près la Cour d'appel. Celui-ci se fait rendre compte par le procureur de la République près le tribunal de première instance, après quoi il fait son rapport au premier président de la Cour d'appel, lequel, après en avoir donné avis au père et avoir recueilli officieusement tous les renseignements, peut révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.

L'enfant contre equel le père demande un ordre d'arrestation a-t-il le droit d'être préalablement entendu?

Quand a-t-il le droit d'être entendu?

En quelle forme lui est-il permis de faire des réclamations?

A qui les adresse-t-il? Qui le juge?

1046. — L'enfant détenu jouit de ce droit de recours dans deux cas *expressément* prévus par la loi, savoir : 1° *lorsqu'il a des biens personnels;* 2° *lorsqu'il a un état.* Mais n'a-t-il ce droit que dans les deux cas ainsi prévus? En les prévoyant spécialement, la loi a-t-elle entendu exclure les autres? Ainsi, par exemple, l'enfant qui n'a ni un état, ni aucun bien personnel, mais qui est détenu sur la réquisition de son père *remarié,* peut-il se pourvoir contre la décision du président?

Dans quels cas l'enfant détenu jouit-il de ce droit de recours?

Quid, dans le cas où il est détenu sur la réquisition de son père *remarié?*

Suivant M. Duranton (t. III, n° 355), cette voie de recours n'est permise que dans les deux cas spécialement prévus (1).

Dans un autre système, on soutient que ce bénéfice appartient à l'enfant *dans tous les cas où sa détention a eu lieu par voie de réquisition.* On raisonne ainsi :

1° Ce droit de recours a été admis « afin de prévenir et de paralyser toutes les surprises, toutes les intrigues des localités, et d'empêcher que le droit de correction ne puisse jamais être un moyen de despotisme » (Fenet, t. X, p. 530 et 531); or, ce motif (le danger des surprises) milite également dans tous les cas.

2° Le droit d'appel est si essentiellement lié au droit de liberté individuelle, que la loi permet d'attaquer par cette voie les jugements en dernier ressort, lorsqu'ils autorisent une contrainte par corps (art. 20 de la loi du 17 avril 1832); or, si la décision d'un *tribunal* peut ainsi être réformée par la voie de l'appel, à bien plus forte raison doit-il en être de même de la décision émanée d'un *président.*

3° Le droit d'appel est le droit commun : donc, dans le doute, il faut l'admettre. Or, dans l'espèce, le doute est possible : car, s'il a été dit au Corps législatif qu'il est de toute justice que l'enfant *qui a des biens personnels ou un état* puisse se pourvoir devant le premier président de la Cour d'appel (Fenet, t. X, p. 250), on a fait observer au Tribunat que ce droit de recours était proposé

(1) *Conf.* Marc., sur l'art. 382; Dem., t. II, n° 127 *bis;* M. Laurent, t. IV, n° 288.

afin que le droit de correction ne pût JAMAIS devenir un moyen de despotisme (1).

Art. 381.

Comment la mère non remariée exerce-t-elle le droit de correction ?

Dans quel but la loi prend-elle ses précautions ?

1047. — VI. DU DROIT DE CORRECTION EXERCÉ PAR LA MÈRE. — La *voie d'autorité* n'est, *en aucun cas,* permise à la mère : elle ne peut agir que par *voie de réquisition ;* et encore ne peut-elle le faire qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Il en est ainsi, du reste, soit qu'elle exerce, après la dissolution du mariage, le droit qu'elle a de son propre chef, soit qu'elle agisse au nom de son mari, dans le cas où il est *interdit* ou *absent* (voy. le n° 1026) : car le motif qui a fait modifier l'exercice de son droit est le même dans tous les cas. Prompte à s'alarmer, accessible aux influences étrangères, la mère est exposée à prendre des décisions irréfléchies. De là la nécessité d'un pouvoir modérateur à côté de son autorité. Le contrôle des parents a un double avantage : il protége l'enfant, en modérant la mère; il protége la mère contre les reproches de l'enfant, en écartant d'elle toute apparence de précipitation, tout soupçon d'injustice.

Quid, si l'enfant n'a point de parents paternels ?

1048. — Il se peut que l'enfant n'ait point de parents paternels : qu'arrive-t-il alors? Suivant les uns, la mère est, dans ce cas, impuissante à agir, puisque la condition à laquelle la loi subordonne l'exercice de son droit ne peut pas être accomplie (2). D'autres pensent, au contraire, qu'elle peut agir seule : car la loi n'a évidemment prescrit le concours des parents que pour les cas où cette condition est possible à remplir, et dans l'espèce elle ne l'est pas (3).

Dans la pratique, on remplace les deux parents paternels par deux alliés ou par deux amis du père, conformément à l'article 409, qu'on applique ici par analogie (4).

Quid, de la mère remariée ?

En est-il de même du père remarié?

1049. — La mère qui se marie perd *complétement* son droit de correction. Le père *remarié* le conserve, au contraire. mais *modifié :* au lieu de l'exercer par *voie d'autorité* (dans le cas où l'enfant a moins de seize ans commencés), il ne l'exerce plus que par *voie de réquisition* (voy. le n° 1043). La raison de cette différence se tire de la condition différente qu'un second mariage fait au père et à la mère.

Quelle est la cause de cette différence ?

L'homme qui se remarie ne s'absorbe point en sa nouvelle épouse : il en subit l'influence, sans doute, mais enfin il conserve réellement son autorité. C'est donc assez qu'on modifie son droit de correction par le pouvoir modérateur confié au magistrat chargé de délivrer l'ordre d'arrestation.

La veuve, au contraire, qui prend un second époux, est, le plus

(1) Toull., t. II, n° 1056 ; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 382 ; Demol., n° 331 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 22 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 492.

(2) Proudhon, t. II, p. 247.

(3) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 381 ; Laurent, t. IV, n° 282.

(4) Voy. aussi en ce sens MM. Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 17 ; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 247 ; Demol., n° 353; Dem., t. II, n° 126 *bis*, III.

souvent au moins, entièrement soumise à son autorité. Si donc la loi lui eût laissé son droit de correction, ce n'est pas elle qui l'eût exercé; c'eût été son nouveau mari! Or, on a pensé, avec raison, qu'il serait imprudent, et, par suite, injuste, de laisser un tel pouvoir entre les mains d'un homme étranger, et souvent même hostile aux enfants (voy. toutefois l'explic. des art. 396 et 468 combinés).

Art. 378.

Quelle est la procédure de l'arrestation de l'enfant

Pourquoi la loi veut-elle qu'elle se fasse sans formalités judiciaires ni écritures

1050. — Règles générales sur l'exercice du droit de correction. — I. Que la détention soit poursuivie par *voie d'autorité*, ou qu'elle le soit par *voie de réquisition*, que ce soit la mère ou que ce soit le père qui la requière, l'arrestation doit toujours être, en quelque sorte, *secrète*. Il ne faut point, en effet, laisser de traces publiques et authentiques des écarts de l'enfant : autrement, son avenir pourraît être compromis.

Ainsi, point de formalités judiciaires, point *d'écritures;* la demande d'arrestation est faite verbalement et sans ministère d'avoué. Il n'y a d'écrit que l'ordre d'arrestation. Cet acte, au reste, doit être muet sur les motifs de la détention.

Ne faudra-t-il cependant que l'ordre d'arrestation soit écrit

L'agent de la force publique qui le met exécution doit-il dresser un procès-verbal d'arrestation

Y aura-t-il un procès-verbal d'écrou ?

1051. — Suivant le droit commun, toute arrestation donne lieu : 1° à un procès-verbal rédigé par l'agent de la force publique qui l'a faite; 2° à un *écrou* rédigé par le gardien de la prison. Mais ici il ne s'agit point d'un *emprisonnement ordinaire*. Il n'y aura donc, à l'égard de l'enfant arrêté et détenu sur la demande de son père, ni procès-verbal d'arrestation, ni procès-verbal d'écrou proprement dit et inscrit sur les registres de la prison : autrement, on ne supprimerait rien, et l'on ferait tout autant d'écritures que pour un emprisonnement ordinaire.

Il faut bien, sans doute, que l'enfant soit inscrit sur un registre tenu par le directeur de la maison spéciale ou de la prison où il est détenu ; mais son nom, et c'est là tout ce que nous avons voulu dire, ne doit pas être inscrit parmi ceux des voleurs, sur le registre des écrous proprement dits.

Le père ou la mère qui poursuit la détention de son enfant n'est-il pas tenu de prendre l'engagement de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables?

Doit-il payer à l'avance les aliments?

1052. — II. Dans tous les cas, le père ou la mère qui poursuit la détention de son enfant « est tenu de souscrire une *soumission* de *payer* tous les frais, et de *fournir* les aliments convenables » (voy. la *Form.* 134).

Dans le projet du Code (voy. Fenet, t. X, p. 479), la virgule qui se trouve aujourd'hui après le mot *frais* n'existait point. Si cette rédaction eût été conservée, le verbe *fournir,* comme le verbe *payer,* se serait rapporté au substantif *soumission.* Mais la virgule mise dans la rédaction définitive en change le sens : le verbe *payer* se rapporte seul au substantif *soumission ;* quant au verbe *fournir,* c'est le mot *tenu* qui le régit. Quelques personnes en ont conclu qu'il ne suffit point que le père *s'engage* à fournir les aliments de l'enfant : il est *tenu,* disent-elles, de les *fournir*, c'est-à-dire de les *payer d'avance*. Elles ajoutent, comme argument d'analogie, que, selon le droit commun, le créancier qui fait

arrêter son débiteur est obligé de consigner, à l'avance, les aliments (art. 789, 792 et 800, C. pr.).

C'est, je crois, donner trop d'importance à une virgule; il n'est pas probable que les rédacteurs du Code l'aient placée là dans le dessein qu'on leur prête. Et quant à l'argument d'analogie tiré du droit commun, on peut l'écarter en faisant remarquer que cette analogie n'existe point. Il y a, en effet, une bien grande différence entre le créancier qui, dans son propre intérêt, fait détenir son débiteur, et le père qui, pour corriger son enfant et le rendre meilleur, demande sa détention.

Nous pensons donc que le père (ou la mère) qui demande l'arrestation de son enfant n'est pas tenu de fournir, *dès à présent,* une somme suffisante pour sa nourriture; il suffit qu'il s'engage à la payer (1).

Art. 379.

Le père qui a obtenu un ordre d'arrestation peut-il n'y pas donner suite? Peut-il abréger la détention? Le même droit appartient-il à la mère?

1053. — III. Dans tous les cas encore, le père ou la mère qui a obtenu un ordre d'arrestation, est toujours maître de ne pas y donner suite, ou d'abréger la durée de la détention.

— En ce qui touche la mère, on a, relativement à ce droit de grâce, élevé des difficultés.

Quelques personnes le lui refusent absolument. L'article 379, qui le consacre, ne l'accorde, disent-elles, qu'au père seulement, et l'article 381, qui règle le droit de correction conféré à la mère, ne renvoie pas à l'article 379 (2).

D'autres reconnaissent que ce droit lui appartient, mais qu'elle ne peut l'exercer qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Le droit de grâce, si elle pouvait l'exercer seule, serait dangereux dans ses mains : elle est trop faible pour en user à propos et avec mesure; la loi a dû placer près d'elle un guide, afin qu'elle n'accorde pas des pardons irréfléchis qui, en révélant sa faiblesse, compromettraient son autorité (3).

Dans une troisième opinion, on tient qu'elle est, quant au droit de grâce, complétement assimilée au père. Le droit de pardon est, en effet, de l'*essence* de la puissance paternelle : car cette puissance est toute de tendresse et d'affection. Il faudrait un texte bien positif pour l'enlever à la mère ou même pour en gêner l'exercice. Or, ce texte n'existe pas! Six articles de notre chapitre ont trait au droit de correction exercé *par le père* (art. 375 à 380). Un seul article règle la puissance paternelle de la mère (art. 381). On y consacre deux exceptions aux règles précédentes, savoir : 1° que la mère remariée n'a point le droit de correction; 2° que la mère non remariée ne peut, en aucun cas, l'exercer par voie d'autorité. Donc, en dehors de ces deux dérogations, les règles qui régissent le droit de correction attribué au père sont également applicables à la mère. Ainsi, personne ne doute que les deux règles

(1) MM. Demol., n° 337; Laurent, t. IV, n° 287.
(2) Proudhon, t. II, p. 247.
(3) Delv., t. I, p. 246; Marc., sur l'art. 379; M. Laurent, t. IV, n° 283.

énoncées dans l'article 378 ne lui soient applicables : dès lors il n'y a pas lieu de décider autrement quant au droit de grâce accordé par l'article 379 (1).

1054. — IV. L'enfant qui, après avoir été gracié par son père ou sa mère, ou qui, après avoir fini sa détention, tombe dans de nouveaux écarts, peut être détenu de nouveau, conformément aux règles précédentes.

L'enfant qui a été gracié peut-il être détenu de nouveau?

§ III. *Du droit de jouissance légale accordé aux père et mère sur les biens de leurs enfants.*

Art. 384.

Quel est le fondement du droit de jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans?

1055. — I. Du fondement de ce droit. — Il a pour fondement principal le *devoir d'éducation* dont les père et mère sont tenus envers leur enfant : *c'est une récompense des soins que ce devoir leur impose.*

On a d'ailleurs considéré :

D'une part, qu'il y a peu d'inconvénients à enrichir les père et mère aux dépens de l'enfant, puisque celui-ci retrouvera probablement cet accroissement de fortune dans leur succession ;

D'autre part, que l'obligation de rendre compte des fruits perçus pendant un grand nombre d'années aurait fait naître entre le père ou la mère et son enfant des débats fâcheux qu'il importait de prévenir.

Quelle est la nature de ce droit?
Est-il aliénable?
Peut-il être hypothéqué?

1056. — II. De sa nature. — Le droit de jouissance légale attribué aux père et mère sur les biens de leurs enfants ne constitue point, comme l'usufruit ordinaire, un démembrement du droit de propriété. C'est un attribut, un *auxiliaire* de la puissance paternelle; et, comme la puissance paternelle n'est point dans le commerce, qu'il n'est point permis de l'aliéner en tout ou en partie, il en résulte qu'à la différence de l'usufruitier ordinaire (art. 595), le père ou la mère ne peut aliéner son droit de jouissance, ni l'hypothéquer (2).

A quelles personnes appartient-il?

1057. — III. A quelles personnes il appartient. — La loi ne le confère ni aux aïeuls et aïeules de l'enfant, ni même à ses père et mère naturels : *les père et mère légitimes* seuls en sont investis.

— *La jouissance légale* ayant son fondement dans le devoir d'éducation, et ce devoir étant, pendant le mariage, tout entier à la charge du mari, celui-ci a seul, tant que le mariage dure, le bénéfice de ce droit. Il ne passe à la mère qu'alors que le devoir d'éducation est à sa charge, c'est-à-dire *lorsqu'elle devient veuve.*

Appartient-il à la mère pendant le mariage, lorsqu'elle exerce

Toutefois, nous avons vu que, par exception, la mère est, dans certains cas, appelée à exercer la puissance paternelle *même pen-*

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 247; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 23; Dem., t. II, n° 126 *bis*, I; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 377; Demol., n°s 354 à 356.

(2) MM. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, p. 84, note 5. — *Contrà*, M. Laurent, t. IV, n° 328.

la puissance paternelle à défaut du père?

dant le mariage (voy. le n° 1026). Faut-il dire alors qu'étant chargée du devoir d'éducation, elle a, par là même, la jouissance légale qui en est la compensation?

Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

La négative ne me semble pas douteuse, pour le cas où la femme exerce la puissance paternelle, parce que son mari, *présumé absent* ou *interdit,* se trouve momentanément incapable de *l'exercer* lui-même. Alors, en effet, ce n'est pas son propre droit qu'elle exerce : elle n'est que le délégué ou le mandataire du mari : elle lui doit, par conséquent, compte des bénéfices qu'elle a perçus en cette qualité, compte sans aucune indemnité pour elle, car le mandat est naturellement gratuit (art. 1986. — Voy. aussi le n° 509).

J'admettrais, au contraire, l'affirmative, au cas où, le mari ayant été déclaré, conformément à l'article 335 du Code pénal, déchu *de son droit* de puissance paternelle, la mère s'est trouvée appelée à exercer celui qu'elle a de son propre chef. Alors, en effet, elle n'agit plus en qualité de mandataire et pour le compte de son mari resté nanti de son droit; elle agit comme *mère,* avec tous les *devoirs*, et, par conséquent, avec tous les *émoluments* que ce titre comporte.

Deux objections sont faites :

1° L'usufruit légal ne peut appartenir qu'à celui auquel la loi l'attribue expressément; or, l'article 384 ne l'accorde à la mère qu'au cas où elle a *survécu* à son mari *:* donc..., etc.

Cet argument de texte, s'il était fondé, nous conduirait bien loin. Les droits d'éducation, de garde ou de correction, pourrait-on dire, n'appartiennent aussi qu'à celui auquel la loi les attribue expressément; or, l'article 381 ne les accorde à la mère qu'au cas où elle a survécu à son mari : donc, *pendant le mariage,* et quoique son mari en soit déchu, il ne lui est point permis de les exercer! Mais alors, qui donc élèvera l'enfant, qui prendra soin de sa personne et de ses biens? Un tuteur? Mais, tant que les père et mère existent, il n'y a pas lieu à la tutelle de l'enfant (art. 389)! Le confiera-t-on à un étranger, tandis que la mère est là, pleinement capable de faire son devoir, et toute disposée à l'accomplir? On recule devant ce résultat, et on se tire d'affaire par l'argument *lex statuit de eo quod plerumque fit* (voy. le n° 1026). Mais, si cet argument est décisif quant aux *devoirs* que la puissance paternelle impose, pourquoi ne le serait-il pas également quant aux *émoluments* qu'elle confère?

2° Si la jouissance légale dont le père a été déclaré déchu dans l'hypothèse prévue par l'article 335 du Code pénal, passait à la mère, les choses resteraient dans le *statu quo :* il n'y aurait, en réalité, rien de changé, au moins dans la plupart des cas; la pénalité prononcée contre le père ne l'atteindrait pas. Supposons-le, en effet, marié sous le régime de communauté : tous les fruits dont il sera privé comme *père*, il en profitera comme *mari,* c'est-à-dire en sa qualité de chef de la communauté : car, sous ce ré-

gime, tous les fruits que la femme gagne sont communs entre elle et son mari.

Je réponds que la déchéance prononcée contre le père est plutôt *morale* que *pécuniaire*. La loi le dépouille, à raison de son indignité, des attributs qui l'honorent, qui l'ennoblissent en quelque sorte; quant aux conséquences pécuniaires de cette dégradation morale, la loi ne s'en met pas en peine : elles seront ce qu'elles pourront être, tantôt fort graves, et tantôt sans importance (1)!

Art. 7.

Le droit de jouissance légale existe-t-il indistinctement sur tous les biens de l'enfant ?

1058. — IV. Sur quels biens il porte. — Y sont soumis tous les biens de l'enfant, sauf :

1° *Les biens qu'il a acquis par un travail séparé de celui de ses parents, ou par une industrie distincte de l'état ou de la profession de ces derniers.* — C'est un encouragement donné tout à la fois à l'amour du travail et à l'esprit d'ordre et d'économie.

2° *Les biens qui lui ont été donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en auront pas l'usufruit.* — Cette condition a été permise afin de ne pas entraver les libéralités que peuvent désirer lui faire les personnes qui, bien que lui étant fort attachées, sont antipathiques à ses père et mère.

Ceux-ci ne peuvent pas, d'ailleurs, prétendre que cette condition leur est préjudiciable, puisque le donateur aurait pu ne pas donner.

3° *Les biens que l'enfant a recueillis, de son chef, dans une succession dont son père ou sa mère a été écarté pour cause d'indignité* (voy. l'explic. de l'art. 730).

Art. 385.

Quelles sont les charges de l'usufruit légal ?

1059. — V. Des charges qu'il impose. — Les charges de l'usufruit légal sont :

1° *Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires.* — Voyez, à ce sujet, l'explication des articles 600, 605 et suivants; mais notez qu'à la différence de l'usufruitier ordinaire, l'usufruitier légal n'est pas tenu de donner caution (voy. l'art. 601).

Qu'était-il besoin d'imposer à l'usufruitier légal l'obligation de nourrir, entretenir et élever son enfant ? Est-ce que l'obligation dont il est tenu en qualité d'*usufruitier légal* ajoute quelque chose à celle dont il est déjà tenu en qualité de *père* ?

2° *La nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant, selon sa fortune.* — Mais, dira-t-on, le père est déjà, en sa qualité de père, obligé de nourrir, entretenir et élever son enfant (art. 203). Dès lors, qu'était-il besoin de lui imposer la même obligation au cas où il est usufruitier légal? Est-ce que l'obligation dont il est tenu comme *usufruitier* ajoute quelque chose à celle dont il est tenu en qualité de *père*? La disposition de notre article, en ce qui touche la charge de la nourriture, de l'entretien et de l'éducation, est donc superflue ou surabondante!

Cette critique, quoique juste en apparence, n'est pas fondée. Il existe, en effet, de notables différences entre l'hypothèse de l'article 203 et celle de l'article 385-2°. Signalons-les :

(1) Voy. en ce sens Marc., sur l'art. 384; M. Laurent, t. IV, n° 346. — *Contrà*, MM. Duv., *sur Toull.*, t. III, n° 1064; Delv., t. I, p. 93; Dur., t. III, n° 384; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 262; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, p. 91; Demol., n° 484.

1060. — *a*. Dans l'hypothèse de l'article 203, le père doit à son enfant un entretien et une éducation proportionnée à *sa propre fortune;* dans le cas de l'article 385, au contraire, c'est-à-dire lorsqu'il est tenu, non plus simplement comme *père*, mais comme *usufruitier*, l'entretien et l'éducation doivent être en proportion *de la fortune de l'enfant*.

1061. — *b*. Lorsque l'usufruit légal ne porte que sur quelques-uns des biens de l'enfant, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation doivent, d'après notre article, être imputés d'abord sur les revenus que le père retire de son usufruit; ce n'est que subsidiairement, et en cas d'insuffisance, qu'ils sont à la charge de l'enfant. D'après l'article 203, c'est-à-dire lorsque le père, n'étant point usufruitier, est tenu en sa qualité de père, les mêmes frais se prennent d'abord sur les revenus de l'enfant; ce n'est que subsidiairement, et en cas d'insuffisance, qu'ils sont supportés par le père.

1062. — *c*. Dans l'hypothèse réglée par l'article 203, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation sont *également* supportés par le père et par la mère; lors, au contraire, que le père a l'usufruit légal des biens de ses enfants, la mère ne contribue point à cette charge si les revenus des biens de l'enfant y suffisent (1).

L'usufruitier légal doit payer les arrérages et les intérêts des capitaux; mais de quels arrérages et intérêts la loi entend-elle parler? S'agit-il des arrérages et intérêts déjà *dus*, *échus* au moment de l'établissement de l'usufruit, ou bien des arrérages et intérêts qui courront *depuis* la même époque?

1063. — 3° *Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.* — On appelle *arrérages* les produits d'une rente, *intérêts* les produits d'une créance ordinaire (voy. l'explic. des art. 529 et 530.)

Ce n° 3 a fait naître la question suivante : A quels arrérages et intérêts s'applique-t-il? aux arrérages et intérêts *déjà dus, échus* au moment de l'établissement de l'usufruit légal, ou bien aux arrérages et intérêts qui courront *depuis* la même époque? Je m'explique. Un enfant a recueilli une succession dont le père a l'usufruit légal; cette succession compte dans son passif des rentes et des dettes qui ont produit des arrérages ou des intérêts dont le *de cujus* était encore débiteur au moment de son décès : notre disposition vise-t-elle ces arrérages et intérêts arriérés, ou les arrérages et intérêts à échoir?

Suivant M. Duranton (t. III, n° 401), la loi n'entend parler que des arrérages et intérêts à échoir *in futurum*. Les revenus *passifs*, dit-il, sont la charge naturelle des revenus *actifs :* qui a ceux-ci supporte ceux-là. L'usufruitier légal gagne les revenus *actifs* A ÉCHOIR : c'est lui qui supportera les revenus *passifs* qui échoiront pendant la durée de son usufruit. Quant aux revenus actifs dus AU DÉFUNT, qui les gagne? L'enfant, qui les reçoit à titre de capital. Donc c'est lui qui, par corrélation, doit supporter les revenus dus PAR LE DÉFUNT (2).

On a objecté, avec raison, que les arrérages et intérêts à échoir,

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 254; *Cours de Code civil*, t. I, p. 501; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, p. 87.

(2) Dans le même sens, M. Frédéric Duranton, *Revue histor.*, 1858, p. 157.

étant l'une des charges *auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires,* se trouvent virtuellement compris dans le n° 1 de notre article, et qu'ainsi notre n° 3 serait inutile et sans effet s'il ne se rapportait aux arrérages et intérêts échus avant l'établissement de l'usufruit.

En mettant à la charge de l'usufruitier légal les arrérages et intérêts échus avant l'établissement de l'usufruit, la loi a voulu sans doute : 1° éviter des comptes minutieux entre le père et l'enfant; 2° empêcher que le capital qu'a reçu l'enfant ne fût diminué par des dettes qui, vu leur peu d'importance, sont naturellement destinées à être payées avec les revenus (1).

1064. — 4° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.* — La loi vise-t-elle les funérailles et la dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé, ou les funérailles et la dernière maladie de l'enfant lui-même ?

Doit-il payer les frais funéraires et ceux de la dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé, ou bien les frais des funérailles et de la dernière maladie de l'enfant lui-même ?

Delvincourt a soutenu la seconde interprétation. Mais son opinion n'a point prévalu : on décide généralement aujourd'hui dans le sens contraire. Les raisons qu'on donne à l'appui de cette opinion sont décisives :

1° Il était de principe dans notre ancienne jurisprudence que le père investi de la jouissance légale des biens que l'enfant avait recueillis dans une succession, devait payer *de suo* les frais de la *dernière maladie* de la personne à laquelle l'enfant avait succédé. Quant aux *frais funéraires* de cette personne, il y avait doute; mais Pothier rapporte qu'on avait fini par les mettre à la charge du père. Or, lorsqu'on voit les rédacteurs du Code disposer, *sans autre explication,* que *les frais funéraires et de dernière maladie* sont à la charge du père, n'est-il pas plus que probable qu'ils ont entendu reproduire le sentiment de Pothier ?

2° S'il s'agissait des funérailles et de la dernière maladie de l'enfant, les mots *de dernière maladie* seraient d'une inexactitude manifeste : car les père et mère, étant, indépendamment de leur qualité d'usufruitiers, tenus d'*élever* leur enfant, doivent par là même supporter les frais *de toutes les maladies* qu'il subit.

3° Et quant aux frais dus à l'occasion des funéraillss de l'enfant, on ne comprendrait pas à quel titre ils pourraient être une charge de l'usufruit, puisqu'il n'y a plus d'usufruit quand cette dette prend naissance. — La loi a voulu que les frais de la dernière maladie et des funérailles du *de cujus* fussent payés sur les revenus, afin de conserver intact à l'enfant le patrimoine dont le père a la jouissance (voy., par analogie, le n° 1063, *in fine*).

1065. — VI. Ses causes d'extinction. — L'usufruit légal s'éteint:

Quand cesse l'usufruit légal ?

1° *Par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant.* — La puis-

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 256; *Explic. somm.*, p. 217; *Cours de Code civil*, t. I, p. 501; Marc., sur l'art. 385; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Demangeat, *Rev. de droit franç. et étrang.*, 1845, p. 660; Demol., n° 544; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 20; Dem., t. II, n° 130 *bis*, II; Laurent, t. IV, n° 332.

sance paternelle cessant alors d'exister (voy. le nº 1028), les *émoluments* qu'elle confère cessent forcément avec les *devoirs* qu'elle impose.

Pourquoi cesse-t-il lorsque l'enfant a dix-huit ans accomplis?

2º *Lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis.* — L'usufruit légal des père et mère n'est point, *quant à sa durée,* corrélatif à la puissance paternelle, qui, en l'absence de l'émancipation, se prolonge jusqu'à *la majorité* de l'enfant : ainsi, il s'éteint alors qu'elle dure encore. Mais la loi a considéré :

D'une part, qu'il était utile et juste qu'arrivant à sa majorité l'enfant trouvât quelque argent en réserve pour les petites dépenses qu'en général on fait à cet âge ;

D'autre part, qu'il y aurait eu un danger à faire, en l'absence de l'émancipation, durer l'usufruit jusqu'à la majorité de l'enfant, car alors ses père et mère auraient été intéressés à lui refuser obstinément toute émancipation, ce qui aurait pu lui être très préjudiciable.

3º *Par la mort de l'enfant ;*

4º *Par la mort du survivant des père et mère ;*

5º *Par la condamnation* du père ou de la mère, reconnu coupable du délit mentionné dans les articles 334 et 335 du Code pénal. — Mais je rappelle que, si le père a été condamné *pendant le mariage,* l'usufruit légal, de même que le devoir d'éducation, passe alors à la mère (voy. les nºˢ 1026 et 1057).

Art. 386.

Pourquoi le père, quoique remarié, conserve-t-il l'usufruit légal, tandis que dans le même cas la mère en est déchue ?

6º *Par le second mariage de la mère.* — Le père qui se remarie n'encourt point la même déchéance ; son droit reste intact. Quelle est la cause de cette différence ? « Il ne serait pas juste, a-t-on dit, que la mère pût porter dans une autre famille les revenus des enfants de son premier lit, et enrichir ainsi à leur préjudice son nouvel époux. » Cette raison n'est pas pleinement satisfaisante : car ce qu'on dit de la mère peut être également, et avec autant de raison, dit du père. Complétons-la. Si la veuve qui se remarie eût conservé son droit de jouissance, ce n'est pas elle qui l'eût exercé : en effet, dans la plupart des cas, c'est le mari qui perçoit lui-même les fruits que sa femme a le droit de percevoir. Ainsi nanti des fruits, il les eût dépensés bien plus selon son intérêt et celui de ses propres enfants que pour l'entretien et l'éducation des enfants qui lui sont étrangers. Leur mère, dans son état de faiblesse, eût été impuissante à prévenir ce détournement. Or, le même danger n'existe pas quand c'est le père qui se remarie : c'est bien lui qui exercera son droit, et il aura toujours assez d'autorité pour résister lorsqu'il sera sollicité de manquer à son devoir de père.

La mère remariée recouvre-t-elle l'usufruit lorsqu'elle devient une seconde fois veuve ?

1066. — La mère qui se remarie perd irrévocablement et *pour toujours* son droit d'usufruit : ainsi, elle ne le recouvre point lorsqu'elle devient une seconde fois veuve (1).

(1) *Contra,* M. Laurent, t. IV, nº 338.

Il en est de même lorsqu'elle a contracté un mariage *putatif*, qui ensuite a été annulé.

Revit-il si le second mariage qui le lui a fait perdre est ensuite annulé ?

Faut-il admettre la même décision au cas où son second mariage n'est ni valable ni même *putatif* ? Ainsi, elle a sciemment épousé son frère ou un homme marié : ce mariage, qui est *nul*, lui fait-il perdre le droit de jouissance qu'elle a sur les biens des enfants de son premier lit ? Je dis oui, par *à fortiori* : car on conçoit que, si la femme qui s'est remariée *honnêtement* est déchue de son droit, à bien plus forte raison doit-il en être de même de celle dont le second mariage constitue un *délit !*

Mais, dit-on, le mariage était radicalement nul ; or, *quod nullum est, nullum producit effectum*.

Sans doute, le mariage *nul* ne produit aucun effet ; mais le *fait de sa célébration* produit les conséquences qui lui sont propres, et parmi ces conséquences se trouve précisément la perte de l'usufruit légal. La loi, en effet, attache cette déchéance, non pas seulement à l'existence continue et régulière d'un second mariage valable, mais à cette circonstance *qu'il y a eu un second mariage ;* or il y a eu, en fait, un second mariage ! C'est ce fait que la loi a voulu punir. Elle le punit alors même qu'il est régulier et conforme au droit : comment l'innocenterait-elle quand c'est *un crime* (1) ?

1067. — Avant l'abolition du divorce, la jouissance légale n'avait pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le *divorce* avait été prononcé. Cette déchéance n'est plus possible aujourd'hui ; mais on peut se demander si elle est applicable à celui des père et mère contre lequel la *séparation de corps* a été prononcée (voy., sous le n° 855-6°, la solution de cette question).

La séparation de corps prononcée contre l'usufruitier légal lui fait-elle perdre son droit d'usufruit ?

7° *Par la renonciation qu'en fait le père* ou *la mère qui en est nanti*. — La jouissance légale est un droit privé, une faveur de la loi, et il est toujours permis de renoncer aux droits qui n'intéressent pas *essentiellement* l'ordre public (art. 6).

8° *Par abus de jouissance* (voy. l'explic. de l'art. 618).

9° Enfin, par le défaut d'inventaire, dont il est traité dans l'article 1442.

APPENDICE

Art. 383.

1068. — De la puissance paternelle proprement dite des père et mère sur leurs enfants naturels reconnus. — Le projet du Code contenait sur ce point la disposition suivante : « Les articles *du présent Titre* (de la puissance paternelle) seront communs aux

Les père et mère ont-ils la puissance paternelle sur leurs enfants naturels reconnus ?

(1) Marc., sur l'art. 386 ; MM. Demol., n° 564 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 33 ; Dem., t. I, n° 131 *bis*, V. — *Contrà*, Dur., t. III, n° 386 ; Delv., t. I, p. 93 ; Vazeille, *du mariage*, t. II, n° 470.

père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » (Voy. Fenet, t. X, p. 480.)

Si cette disposition eût été maintenue, les articles 384 à 387 *sur l'usufruit légal* auraient été, de même que les articles 374 à 382 *sur le droit de correction*, applicables aux père et mère *naturels* comme aux père et mère *légitimes :* car ces deux matières font également partie du Titre *de la puissance paternelle.*

Mais cette assimilation des père et mère naturels aux père et mère légitimes parut, *quant au droit de jouissance légale,* peu rationnelle et même dangereuse. On considéra, d'une part, que ce serait en quelque sorte encourager le concubinage que d'accorder cette faveur à la paternité naturelle ; d'autre part, que cette récompense pécuniaire pourrait pousser des hommes cupides à faire des reconnaissances frauduleuses. En conséquence, l'assimilation des père et mère naturels aux père et mère légitimes fut restreinte au *droit de correction.* De là la disposition de l'article 383 : « Les articles 376, 377, 378 et 379 (le droit de correction) seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » Concluons-en :

1° Que les père et mère n'ont aucun *droit de jouissance* sur les biens de leurs enfants naturels reconnus;

Ont-ils le droit de correction ?

2° Qu'ils ont, au contraire, sur leur personne *le droit de correction* (art. 376);

Comment et à quelles conditions l'exercent-ils ?

3° Que ce droit peut être exercé, suivant la distinction écrite dans les articles 376 et 377, tantôt par voie d'*autorité*, et tantôt par voie de *réquisition;*

4° Que la détention de l'enfant ne doit donner lieu à aucune formalité judiciaire et à aucun écrit autre que l'ordre même d'arrestation, lequel d'ailleurs ne doit pas être motivé (art. 378);

5° Que le père ou la mère naturelle qui fait détenir son enfant est tenu de souscrire une soumission de payer les frais, et de fournir les aliments convenables (art. 378);

Ont-ils le droit de grâce ?

6° Que les père et mère naturels ont, de même que les père et mère légitimes, d'une part, le droit de grâce; d'autre part, la faculté de faire détenir à nouveau l'enfant qui se livre à de nouveaux écarts (art. 379).

Ont-ils les droits de garde et d'éducation ?

1069. — Mais faut-il, par argument *à contrario,* conclure de cette énumération des règles de la puissance paternelle, qui sont communes aux père et mère naturels, que celles des dispositions du même Titre qui ne sont pas rappelées dans notre article 383 ne leur sont pas applicables? Je ne le pense pas. Le droit de correction présuppose, en effet, le *droit* d'*éducation,* dont il n'est qu'un *auxiliaire;* or, le droit d'*éducation* entraîne comme un corollaire nécessaire le droit de *garde* (voy. le n° 1024) : le droit de *correction* accordé aux père et mère naturels présuppose donc qu'ils sont déjà nantis des droits d'*éducation* et de *garde.* Si la loi n'en a pas parlé, si elle n'a expressément compris dans sa disposition que le droit de *correction,* c'est que ce droit est le seul sur lequel on au-

rait pu élever quelque doute : elle n'a pas pu, en effet, supposer que quelqu'un pût avoir aucun scrupule sur l'application aux père et mère naturels des règles de morale écrites dans les articles 371, 372 et 374. Sa pensée est donc celle-ci : tous les droits (sauf le droit de jouissance légale) que la puissance paternelle confère, tous les devoirs qu'elle impose aux père et mère légitimes, sont communs aux père et mère naturels. Cette interprétation est confirmée, en ces termes, par M. Réal, dans son discours au Corps législatif : « Le législateur, qui a reconnu que la puissance paternelle, *uniquement fondée sur la nature*, ne reçoit de la loi civile qu'une confirmation, a dû, pour être conséquent, accorder aux père et mère naturels qui ont reconnu leur enfant *une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime.* » Mais, bien entendu, sauf les différences de détail résultant de la différence qui existe entre la condition des père et mère naturels et celle des père et mère légitimes. Ainsi :

Par qui les droits d'éducation, de garde et de correction, sont-ils exercés, lorsque l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère?

1° *Droit d'éducation.* — Par qui sera-t-il exercé? Point de difficulté si l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère : le droit de faire son éducation appartient évidemment au père ou à la mère qui l'a reconu. Mais que décider s'ils l'ont l'un et l'autre reconnu? Régulièrement et en principe, le droit d'éducation appartient au père : car c'est sa volonté qui, dans l'exercice de la puissance paternelle, est, selon la loi même, prépondérante (articles 148, 158 et 373 combinés). Toutefois, les tribunaux peuvent, sur la demande de la mère, et lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une jeune fille et que le père est mal famé, tandis que la mère a des mœurs convenables, retirer au père l'éducation de l'enfant et la confier à la mère (voy. l'art. 302, et le n° 1029).

2° *Droit de garde.* — Il appartient logiquement à celui des père et mère naturels qui exerce le droit d'éducation (voy. le n° 1024).

3° *Droit de correction.* — C'est l'auxiliaire des droits d'éducation et de garde : il appartient, par conséquent, à celui des père et mère naturels auquel appartient l'exercice de ces droits (voy. le n° 1024).

Quant à l'exercice du droit de correction, il faut, en principe, lui appliquer les règles qui régissent ce droit dans les mains des père et mère légitimes. Ainsi, outre les assimilations que nous avons énumérées aux n°s 1068 et 1869, nous dirons :

a. Que les père et mère naturels ne peuvent exercer leur droit de correction que par voie de réquisition, quoique leur enfant ait moins de seize ans commencés, *s'il a d'ailleurs des biens personnels ou un état ;*

Comment la mère exerce-t-elle le droit de correction ?

b. Que la mère ne peut jamais l'exercer que par voie de réquisition. Mais comment appliquer ici la règle que la mère ne peut agir qu'avec le concours des deux plus proches *parents* paternels de l'enfant? Il est impossible d'appeler des *parents*, puisque l'enfant naturel n'en a pas ! — S'il a été reconnu par son père, c'est lui

qui tiendra lieu des plus proches parents : la mère devra prendre son concours. S'il est mort, elle appellera deux de ses amis. Enfin, si le père est inconnu, la mère agira seule : car alors personne n'aura qualité pour l'assister ;

Comment l'exerce le père qui a épousé une femme autre que la mère de son enfant? *Quid*, si la mère a épousé un homme autre que le père de son enfant?

c. Que le père qui épouse une femme autre que la mère de son enfant n'a jamais que la voie de réquisition;

d. Que la femme qui épouse un homme autre que le père de son enfant est privée du droit de correction (1).

TITRE DIXIÈME

24e *Répétition.*

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

Comment le Code divise-t-il les personnes?

1070. — Le Code divise les personnes en *capables* et *incapables*. Les capables ont tout à la fois la *jouissance* et *l'exercice* des droits civils; les incapables n'en ont que la *jouissance* sans l'*exercice* (voy. le n° 105).

Quelles sont les causes qui peuvent enlever aux personnes l'exercice de leurs droits? Quelles sont les personnes qui sont privées de l'exercice de leurs droits?

Les personnes peuvent être privées de l'*exercice* de leurs droits, 1° à raison du sexe (*propter sexum*); 2° à raison de l'âge (*propter ætatem*); 3° à raison de quelque infirmité de l'esprit (*propter infirmitatem*). Donc, sont incapables : 1° les femmes mariées; 2° les mineurs ; 3° les personnes qui ne sont pas saines d'esprit.

L'incapacité de la femme mariée a été réglée dans le chapitre VI du Titre *du mariage*.

Il nous reste à étudier deux autres classes d'incapables.

La première classe comprend : 1° les mineurs *non émancipés*. On leur donne un *tuteur*. Toutefois, on ne met point en tutelle les mineurs qui ont encore leurs père et mère : ils sont alors exclusivement soumis *à la puissance paternelle* (voy. le n° 1074);

2° Les *mineurs émancipés :* on leur donne un *curateur*.

La seconde classe comprend : 1° les personnes qui, ayant complètement perdu la raison, sont *interdites* et placées en *tutelle* ;

2° Les personnes qui, n'étant ni parfaitement saines d'esprit, ni entièrement dépourvues de raison, sont frappées d'une *demi-interdiction :* on leur donne *un conseil judiciaire*, sans l'assistance duquel elles ne peuvent pas valablement faire certains actes. Peuvent être placées dans cette condition, d'une part, les personnes dont la folie n'est pas assez grave pour donner lieu à l'interdiction (art. 499), et, d'autre part, les prodigues (art. 513) ;

(1) En ce qui concerne la puissance paternelle sur les enfants naturels reconnus, voy. notamment M. Oudot, *Du droit de famille*, p. 336 et suiv.; voy. aussi M. Laurent, t. IV, nos 347 et suiv. Les principes divers que suivent en cette matière les différents auteurs sont indiqués par MM. Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 209 et suiv.

3° Les personnes non interdites, placées dans une maison d'aliénés : on leur donne un *administrateur provisoire* (voy., sous les nos 1313 à 1322, l'explic. de la loi du 30 juin 1838).

Ainsi, en résumé, la loi distingue :

1° Les *mineurs non émancipés,* qui sont en tutelle ;

2° Les *mineurs émancipés*, qui sont en curatelle ;

3° Les *interdits*, qui, de même que les mineurs non émancipés, ont un tuteur ;

4° Les *demi-interdits,* qui ont un conseil judiciaire ;

5° Les personnes *non interdites,* placées dans une maison d'aliénés : elles ont un administrateur provisoire.

CHAPITRE PREMIER. — De la minorité.

1071. — Le droit romain, et, d'après lui, notre ancien droit français, fixèrent *à vingt-cinq ans* la majorité des individus des deux sexes. Art. 388. Jusqu'à quel âge dure la minorité ?

Le droit intermédiaire, à l'exemple de quelques coutumes particulières, la fixa à vingt et un ans accomplis (voy. la loi du 20 septembre 1792).

Le Code a suivi la même règle. Ainsi, sont mineures les personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis. Mais remarquons :

1° Qu'en ce qui touche certains droits, la minorité ne finit point à vingt et un ans. Ainsi, quant au mariage, pour les fils, et quant à l'adoption, pour les fils et pour les filles, elle se prolonge jusqu'à vingt-cinq ans (art. 148 et 346) ; Cesse-t-elle toujours à vingt et un ans?

2° Qu'en sens inverse et quant au droit *de tester,* il suffit, pour être majeur, d'avoir *seize ans* accomplis. Toutefois, cette majorité de seize ans ne donne qu'une *demi-capacité :* nous verrons, en effet, qu'à cet âge il n'est permis de disposer par testament que de la moitié des biens dont on pourrait disposer si l'on était majeur de vingt et un ans (art. 904) ; N'est-on pas, relativement à certains actes, majeur avant vingt et un ans ?

3° Que les père et mère, quoique mineurs de vingt et un ans, peuvent être tuteurs légitimes de leurs enfants (art. 424, 1°) ;

4° Qu'un créancier ou un acquéreur peut, quoique mineur, requérir l'inscription des hypothèques attachées à sa créance, ou la transcription de son titre d'acquisition (arg. tiré de l'art. 2139).

CHAPITRE II. — De la tutelle.

Notions générales.

1072. — I. Définition de la tutelle. — La tutelle est une charge *publique et gratuite, imposée à une personne capable de prendre soin* Qu'est-ce que *la tutelle ?*

de la personne d'un incapable, et de la représenter dans les actes de la vie civile.

Pourquoi est-elle une charge publique?

Une charge PUBLIQUE... IMPOSÉE. La tutelle est d'ordre public: car, dans toute société bien organisée, il importe que ceux qui sont impuissants à se gouverner eux-mêmes ne soient pas abandonnés sans défense. Aussi l'a-t-on toujours considérée comme un devoir public, qu'il n'est point, sauf le cas d'excuse légitime, permis de refuser.

Une charge gratuite?

Une charge gratuite... Le tuteur ne reçoit, en effet, aucune indemnité pour le temps qu'il donne aux affaires de la personne dont il prend soin. Sa récompense consiste dans le souvenir des soins que peut-être il a reçus lui-même dans sa jeunesse, ou tout au moins dans la pensée que ses propres enfants ne resteront point sans défense, s'ils ont un jour besoin d'être protégés.

Un mineur peut-il être tuteur?

A une personne capable... Comment, en effet, protéger un incapable lorsqu'on est incapable de se protéger soi-même? Toutefois, cette règle souffre une double exception:

1° Les père et mère ont, quoique mineurs, la tutelle légitime de leurs enfants (art. 442). La tendresse paternelle n'a point d'âge; elle est toujours zélée et attentive; son dévouement exclut tout soupçon d'imprévoyance et de légèreté.

2° Les femmes mariées, bien qu'incapables, peuvent être nommées tutrices de leur mari interdit (art. 507). Cette exception se justifie d'elle-même. L'incapacité de la femme a sa source dans l'obéissance qu'elle doit à son mari, bien plus que dans sa faiblesse naturelle ou dans son inexpérience (voy. les n°s 761 et s.) : rien ne s'oppose donc à ce qu'on lui confie, lorsqu'en fait elle est capable, le soin de protéger l'homme dont elle s'est engagée à partager la destinée.

Prendre soin de la personne... (voy. l'explic. de l'art. 450).

Tous les incapables sont-ils mis en tutelle? Quels sont ceux auxquels on donne un tuteur?

D'un incapable... Remarquons, sur ce point, qu'on ne met pas indistinctement en tutelle tous les *incapables*. Ainsi, n'y sont pas : 1° les femmes mariées; 2° les mineurs émancipés. Reçoivent seuls des tuteurs: 1° les mineurs non émancipés: encore faut-il qu'ils aient perdu leur père ou leur mère (voy. le n° 1074); 2° les interdits.

Et de la représenter dans tous les actes de la vie civile... (voy. l'explic. de l'art. 450).

Combien le Code reconnait-il de tutelles?

1073. — II. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE TUTELLE. — Toute tutelle vient de la loi, en ce sens qu'elle ne peut avoir lieu que dans les cas et sous les conditions qui ont été *légalement* déterminés. Mais, comme le tuteur est désigné tantôt par la loi elle-même, et tantôt par certaines personnes auxquelles la loi a délégué son pouvoir, on a divisé la tutelle en tutelle *légitime* et tutelle *dative.*

Qu'est-ce que la tutelle *légitime?* Combien y en a-t-il d'espèces?

La tutelle *légitime* est celle qui est déférée directement, par la loi même, à certaines personnes, en raison de leur seule qualité. On en compte deux espèces: 1° la tutelle légitime du survivant des père et mère; 2° la tutelle légitime des ascendants.

La tutelle *dative* est celle qui est déférée par certaines personnes auxquelles la loi a confié ce pouvoir. Elle se subdivise en tutelle *testamentaire* et tutelle *dative* proprement dite: elle est *testamentaire,* lorsqu'elle est déférée par le dernier mourant des père et mère ; *dative,* lorsqu'elle est déférée par le conseil de famille (1).

Qu'est-ce que la tutelle *dative ?*
Combien y en a-t-il d'espèces?

Donc quatre espèces de tutelle. Le Code les a rangées dans l'ordre hiérarchique suivant:

1° Tutelle légitime du survivant des père et mère ;

2° Tutelle testamentaire déférée par le dernier mourant des père et mère ;

3° Tutelle légitime des ascendants ;

4° Tutelle dative déférée par le conseil de famille.

Section première. — De la tutelle légitime du survivant des père et mère.

I. *Quand s'ouvre la tutelle du père ou de la mère.*

Art. 389 et 390.

1074. — En principe, *tant que dure le mariage des père et mère,* il n'y a pas lieu à la tutelle de leurs enfants. Le père doit, sans doute, prendre soin de leur personne et les représenter dans les actes de la vie civile; seulement il en prend soin et il les représente, non pas en qualité de *tuteur,* mais en qualité de *père,* et en vertu de sa puissance paternelle.

Quand s'ouvre la tutelle du père ou de la mère ?
Si l'enfant qui a son père et sa mère a des biens, qui les administre ?

Or, il ne faut pas confondre *l'administration légale* dont le père est investi en raison de sa puissance paternelle avec la *tutelle* proprement dite. Il y a des analogies; mais il y a aussi des différences. Ainsi:

En quelle qualité le père les administre-t-il ?
Quelles différences y a-t-il entre cette administration légale et la tutelle?

1° Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur, c'est-à-dire un surveillant spécial, chargé de contrôler les actes du tuteur, et au besoin de provoquer sa destitution (art. 420). — Le père, *administrateur légal* des biens de ses enfants, n'a point de subrogé tuteur: à quoi bon le faire surveiller par un tiers, tandis qu'il a près de lui un surveillant naturel, la mère de ses enfants ? Qu'on ne dise pas que la mère est elle-même trop faible pour jouer le rôle de surveillant! elle est faible comme femme, comme *épouse;* elle ne l'est jamais comme *mère!*

2° L'hypothèque légale établie, pour la garantie des mineurs, sur les immeubles *de leur tuteur* (art. 2121), ne grève point les immeubles *du père administrateur légal* des biens de ses enfants. Si les enfants avaient eu une hypothèque sur les biens de leur père administrateur légal, leur hypothèque eût existé en même temps que celle qu'a la mère sur les biens de son mari (même art. 2121); or, deux hypothèques légales existant concurremment sur les

(1) Les jurisconsultes romains appelaient proprement *dativus* le tuteur nommé par le testament du père ou du mari. Voy. Gaius, comment. I, § 154.

mêmes biens, c'est la ruine complète du crédit de la personne qui les subit. La loi, afin d'éviter cet inconvénient, a voulu que l'hypothèque des enfants ne commençât qu'alors que celle de la mère disparaît; c'est dans ce but qu'on n'a ouvert la tutelle du père qu'à la dissolution du mariage par la mort de la mère.

Pourquoi la tutelle des enfants mineurs n'a-t-elle point lieu pendant le mariage de leurs père et mère?

Ainsi la tutelle des enfants mineurs n'a point lieu *pendant le mariage* de leurs père et mère, afin : 1° de ne pas soumettre le père à la surveillance d'un tiers subrogé tuteur ; 2° de ne pas grever ses biens d'une hypothèque qui, en concourant avec celle qu'a déjà sa femme, aurait complètement anéanti son crédit (1).

Quid, s'il s'élève un différend entre le père et l'enfant, ou s'ils ont des intérêts contraires?

Toutefois, s'il s'élève un différend entre le père et l'enfant, ou s'ils ont des intérêts contraires, comme, par exemple, lorsqu'ils sont appelés concurremment à une succession, on nomme alors un tuteur *ad hoc,* dont la mission finit avec la cause qui y a donné lieu (2).

(1) Le Code n'a point tracé de règles spéciales pour *l'administration paternelle :* cette lacune a fait naître bien des difficultés. Ainsi, quelle est l'étendue des pouvoirs du père? Peut-il faire seul les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille? A-t-il besoin de se faire autoriser par la justice en même temps que par le conseil de famille, dans le cas où cette double autorisation serait nécessaire si l'acte qu'il passe était fait par un tuteur? Par quel laps de temps se prescrit son obligation de rendre compte de sa gestion? est-ce par dix ans, comme celle du tuteur (art. 475)? Lui fera-t-on l'application des principes qui régissent les excuses, les incapacités, les exclusions et destitutions en matière de tutelle?

Sur tous ces points et sur bien d'autres que je passe, la loi est absolument muette. De là des controverses! Voici, sur ce sujet, le système enseigné par M. Valette (*Cours de C. civ.*, t. I, p. 506 et suiv.) :

1° Il faut, par analogie, appliquer à l'administration du père les règles de l'administration du tuteur. Ainsi, le père pourra faire seul les actes qu'un tuteur peut faire seul; il lui faudra, au contraire, l'autorisation du conseil de famille seulement, ou tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dans le cas où un tuteur aurait besoin de cette autorisation simple ou de cette double autorisation.

2° Il faut de même appliquer au père les règles qui régissent les dispenses, incapacités, exclusions et destitutions en matière de tutelle : ainsi, par exemple, il peut être privé de son droit d'administration pour cause soit d'inconduite notoire, soit d'incapacité ou d'infidélité (art. 444).

3° Le père, n'étant point traité aussi rigoureusement que le tuteur (il n'est point soumis à l'hypothèque; on ne lui donne point de subrogé tuteur), doit, par une juste corrélation, être privé des avantages exceptionnels que la loi accorde au tuteur. Ainsi, son obligation de rendre compte n'est prescrite que par trente ans, suivant le droit commun, bien que celle du tuteur soit prescriptible par dix ans.

Voy., sur cette matière, un excellent article de M. Aubry, dans la *Rev. de droit franç. et étrang.*, année 1844, p. 658. Voy. aussi MM. Demol., *Traité de la puissance paternelle*, nos 408 et suiv.; Aubry et Rau, t. I, § 123; Seligman, *Revue crit. de législ.*, année 1875, t. IV, p. 688 et suiv.; Laurent, t. IV, nos 296 et suiv.

(2) J'ai dit, avec tous les auteurs, *un tuteur* AD HOC. Mais je crois qu'il y a là une inexactitude. Ce n'est pas un *tuteur*, c'est un agent, un simple administrateur *ad hoc*, qui est nommé : car, pendant le mariage, il n'y a point et il ne peut point y avoir de tutelle. Les biens de cet administrateur *ad hoc* sont donc affranchis de l'hypothèque à laquelle tout tuteur est soumis.

1075. — Si le père est en état de présomption d'absence, ou s'il est interdit, l'administration légale passe à la mère avec la puissance paternelle (voy. les nos 508 et 1026).

Quid, si le père est, durant le mariage, en état de présomption d'absence, ou s'il est interdit?

S'ils sont l'un et l'autre dans l'impossibilité d'administrer, l'administration est alors confiée à un gérant ou administrateur judiciaire.

1076. — Le père, administrateur légal, est comptable, quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement de ceux des biens dont il a l'usufruit.

Le père, administrateur légal, est-il comptable?

1077. — L'administration paternelle cesse par *la majorité* et par *l'émancipation* de l'enfant. Elle cesse encore, quoique l'enfant soit mineur et non émancipé : 1° par l'absence *déclarée* de son père ou de sa mère (voy. le n° 506); 2° par la dissolution de leur mariage. Dans l'un et l'autre de ces deux cas, elle se transforme en *administration tutélaire*.

Quand cesse l'administration légale?

La tutelle s'ouvre donc *provisoirement* par l'absence déclarée de l'un ou de l'autre des père et mère, et *définitivement* par la dissolution de leur mariage. Le survivant, fût-il mineur, devient alors de plein droit le tuteur de ses enfants mineurs non émancipés (1).

Quand donc s'ouvre la tutelle des enfants mineurs?

A qui alors est confiée leur tutelle?

(1) La loi ne dit point quand s'ouvre la tutelle des enfants naturels reconnus, et comment elle est déférée. Le silence qu'elle garde à ce sujet a donné lieu à plusieurs systèmes. Voici, en peu de mots, celui qui paraît prévaloir aujourd'hui :

1° La tutelle des enfants reconnus s'ouvre dès qu'ils ont des biens à administrer, par conséquent, dès leur naissance, si, pendant qu'ils n'étaient encore que conçus, ils ont acquis par succession ou donation des biens personnels. Les père et mère naturels, bien qu'investis de la puissance paternelle (c'est-à-dire du droit d'éducation et de correction), n'ont, en effet, et ne peuvent en aucun cas avoir *l'administration légale* des biens de leurs enfants (arg. tiré de ces mots de l'art. 389 : le père *durant le mariage)*; or, la tutelle s'ouvre dès qu'elle n'est pas écartée par *l'administration légale* du père.

2° Ainsi, il n'y a pas lieu à l'administration paternelle des biens des enfants naturels reconnus ; leur tutelle commence aussitôt qu'ils ont des biens. Mais quelle tutelle? la tutelle *légitime* ou la tutelle *dative?* Celle-ci, dit-on, est la seule possible. Il ne peut, en effet, y avoir de tutelle *légitime* (*légale*) là où *la loi* ne l'a pas expressément établie ; or, aucune loi n'a conféré aux père et mère naturels la tutelle de leurs enfants. L'art. 390 n'a trait qu'aux père et mère *légitimes* (arg. tiré des mots : dissolution *du mariage*), et, en cette matière, l'analogie n'est pas permise. Il n'y a point d'ailleurs d'analogie entre la parenté naturelle et la parenté légitime : les père et mère naturels ne méritent pas la confiance que la loi accorde aux père et mère légitimes.

3° Puisque les père et mère naturels n'ont, en cette qualité, aucun droit à la tutelle *légitime* de leurs enfants, à bien plus forte raison n'ont-ils point le droit de leur nommer un tuteur *testamentaire*. Ainsi, la tutelle des enfants naturels est toujours conférée par leur conseil de famille.

— Les enfants naturels n'ayant point de *parents*, leur conseil de famille est composé d'*amis* que le juge de paix désigne parmi les personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère de l'enfant auquel on veut donner un tuteur.

Le conseil de famille peut choisir pour tuteur, soit le père ou la mère de l'enfant, soit un étranger.

Voy., sur cette matière, MM. Dur., t. III, n° 431; Val., *sur Proud.*, t. II,

II. *Différences entre la tutelle du père survivant et la tutelle de la mère survivante.*

— Il en existe trois :

Art. 391.

Quelle modification le père peut-il apporter à la tutelle de la mère survivante ?

1078. — PREMIÈRE DIFFÉRENCE. — La mère ne peut point, en prévision de son prédécès, modifier la tutelle du père. Celui-ci, au contraire, peut, dans la même prévision, restreindre les pouvoirs qui appartiendront à la mère en sa qualité de tutrice. Il lui est, en effet, permis, lorsqu'il juge qu'elle est inhabile au maniement des affaires, de désigner un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra point exercer, en tout ou en partie, la tutelle.

Quelle peut être l'étendue de cette modification ?

1079. — Si la limitation apportée à ses pouvoirs est *générale,* la mère survivante ne peut faire aucun acte de tutelle sans prendre l'avis du conseil. Dans le cas contraire, elle peut faire seule, c'est-à-dire sans l'*assistance* du conseil, tous les actes autres que ceux qui ont été spécifiés.

La mère pourvue d'un conseil est-elle seule tutrice ? Le conseil peut-il faire lui-même des actes de gestion ? Que peut-il donc faire ? Ses avis sont-ils obligatoires pour la mère ? La mère peut-elle passer outre ?

1080. — La mère pourvue d'un conseil est seule *tutrice;* elle doit prendre l'*avis* de son conseil avant d'agir, mais elle ne l'a point pour *cotuteur*. Ainsi, il ne peut faire aucun acte de gestion ; il n'a même point qualité pour provoquer la mère à faire des actes d'administration qu'il juge nécessaires.

La nature de son autorité n'est pas très nettement déterminée. Que faut-il entendre par l'*avis* qu'il doit donner ? Est-ce simplement son *opinion personnelle* sur l'acte que veut faire la tutrice, ou son *consentement*, son *adhésion* ? En d'autres termes, la tutrice doit-elle se conformer à son avis ? a-t-elle, au contraire, la faculté de s'en écarter ? Les auteurs décident généralement qu'il s'agit dans l'espèce, non pas *d'un simple avis,* qu'on est libre de suivre ou de ne pas suivre, mais *d'un consentement, d'une autorisation* en un mot. Il résulte, en effet, de notre article que la mère pourvue d'un conseil ne peut point, quant aux actes pour lesquels il a été donné, agir « sans *son assistance;* » or, selon la langue du droit, *assister* une personne dans l'administration d'un patrimoine, c'est approuver les actes qu'elle fait, c'est y concourir et y prendre part par son adhésion (voy. les art. 480 et 482) (1).

Quid, si elle le fait, ou si elle ne prend pas son avis ?

1081. — Les actes faits par la mère sans l'avis préalable de son conseil, ou contre son avis, sont annulables *dans l'intérêt du mineur*. La bonne foi des tiers ne les mettrait même pas à couvert

p. 490 ; *Explic. somm.*, p. 223 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 520 ; Marc., sur l'article 390 ; Duc., Bonn. et Roust., p. 414 et s. ; Demol., *Traité de la tutelle*, t. II, nos 372 et s.; Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 213 ; Dem., t. II, n° 138 *bis* ; Ballot, *Rev. prat.*, 1858, t. V, p. 179 ; Girard de Vasson, *Rev. crit.*, 1857, p. 363 ; Laurent, t. IV, nos 413 et suiv.

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 287 ; *Cours de C. civil*, t. I, p. 509 ; Demol., t. I, n° 92 ; Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 12 ; Dem., t. II, n° 140 *bis*, I ; Laurent, t. IV, n° 380.

de cette annulabilité. Ils doivent s'imputer leur imprudence ! Ils savaient que la mère survivante pouvait être pourvue d'un conseil; c'était à eux de se bien renseigner et, s'ils avaient des doutes, de s'abstenir(1).

1082. — Lorsque la mère et son conseil sont différents d'avis, le conseil de famille vide le différend, sauf, pour chacune des parties, le droit de se pourvoir devant le tribunal de première instance (2). *Quid*, si la mère et le conseil sont d'un avis différent ?

1083. — On s'est demandé si le conseil est responsable de ses avis envers le mineur. Le conseil est-il responsable de ses avis envers le mineur ?

Quelques personnes tiennent la négative, par application de cette maxime : *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio* (3).

D'autres ont fait remarquer que cette règle n'a été faite que pour le cas où l'avis a été donné par une personne *qui était maîtresse de ne pas le donner à une personne qui était libre de ne pas le suivre*, et qu'ainsi elle est sans application au cas où l'avis émane d'une personne qui a accepté le mandat de le donner, qui s'est, en un mot, chargée du soin d'éclairer, de diriger une autre personne soumise à son autorité. Il y a alors un mandat ordinaire, et tout mandataire est responsable de ses fautes (art. 1992) (4).

1084. — Quant au mode de nomination du conseil, la loi l'a déterminé. Cette nomination ne peut se faire que de l'une des manières suivantes : Art. 392

Comment le père peut-il nommer le conseil qu'il a le droit de placer près de sa femme ?

1° Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire en employant l'une des formes prescrites pour la confection des testaments (voy. les art. 969 et suiv., ainsi que la *Form*. 135);

2° Par une déclaration faite ou devant le juge de paix assisté de son greffier, ou devant notaires.

1085. — Seconde différence. — Le père survivant est tuteur, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas; il ne peut refuser la tutelle que la loi lui défère, qu'autant qu'il se trouve dans un cas d'excuse légale. — La mère survivante, au contraire, n'est tutrice que sous la condition suspensive de son acceptation. La loi ne lui *impose* pas la tutelle, elle la lui *offre*. C'est à elle à voir si elle est propre aux affaires. A-t-elle confiance en ses forces : elle accepte, et alors elle a été tutrice du jour même de la dissolution du mariage. Se défie-t-elle d'elle-même : elle refuse, et alors elle est réputée n'avoir jamais été tutrice. Toutefois, lorsqu'elle refuse, Art. 394.

Le père survivant peut-il refuser la tutelle ?

Quid, de la mère survivante ?

Que doit-elle faire lorsqu'elle refuse la tutelle ?

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 391; Demol., t. I, n° 98; Val., *Explic. somm.*, p. 225 et 226; Laurent, t. IV, n° 382. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, p. 405, note 18.

(2) MM. Demol., t. I, n° 95 ; Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 13 ; Dem., t. II, n° 140 *bis*, II. — M. Laurent doute que la mère ait un recours lorsque le conseil lui refuse son assistance (n° 380).

(3) MM. Bug., à son cours ; Dem., t. II, n° 140 *bis*, III; Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 16.

(4) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 288; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 510 ; Demol., t. I, n° 102; Laurent, t. IV, n° 383.

elle est tenue : 1° de faire convoquer le conseil de famille pour faire nommer un autre tuteur à sa place; 2° de remplir, jusqu'à cette nomination, les fonctions de tutrice.

L'administration dont elle reste chargée jusqu'à la nomination du nouveau tuteur, constitue-t-elle une véritable tutelle ?

Elle en remplit les fonctions sans en avoir le titre. Cette administration intérimaire ne constitue donc point une *tutelle* proprement dite; c'est une *gestion ordinaire,* qui ne donne lieu ni à l'hypothèque légale qui pèse sur les biens des tuteurs, ni à la nomination d'un subrogé tuteur.

La mère qui a d'abord accepté la tutelle, peut-elle la refuser ensuite?

— La mère peut refuser la tutelle ; mais, si elle l'accepte soit expressément, soit tacitement, en faisant des actes de tutelle ou de gestion, elle est alors assimilée à un tuteur ordinaire, qui ne peut se décharger de la tutelle qu'autant qu'il se trouve dans un cas d'excuse admis par la loi.

Art. 395 et 396.

Le père qui se remarie perd-il la tutelle ?
Quid, dans le même cas, de la mère?
Quelle est la cause de cette différence?

1086. — TROISIÈME DIFFÉRENCE. — Le père qui se remarie conserve de plein droit la tutelle, parce qu'en droit et en fait il conserve son autorité, et, par suite, la liberté pleine et entière de ses actions. — Il n'en est pas de même de la mère qui convole en secondes noces. En droit et en fait, elle subit l'autorité de son nouvel époux : elle n'a plus sa liberté d'action, ou plutôt c'est lui qui agit pour elle.

En présence de cette nouvelle condition de la mère, qu'y avait-il à faire? Deux partis extrêmes se présentaient : enlever ou laisser dans tous les cas la tutelle à la mère remariée. Mais chacun de ces partis avait ses dangers. La loi a trouvé le moyen de tout concilier.

Que doit faire la mère qui veut se remarier?
Que peut faire alors le conseil qu'elle a convoqué?

La mère qui veut se remarier est tenue de convoquer le conseil de famille pour délibérer sur la question de savoir si elle sera ou non maintenue dans la tutelle (voy. la *Form.* 136). Le mariage qu'elle a en vue est-il favorable aux intérêts de l'enfant, l'homme qu'elle veut épouser est-il honnête, solvable et bon administrateur : à quoi bon lui retirer la tutelle? Dans le cas contraire, il serait dangereux de la lui laisser.

Ainsi le conseil de famille lui retire la tutelle ou la lui laisse, suivant les cas. Quel que soit le parti qu'il prend ,sa décision est souveraine.

S'il lui retire la tutelle, il nomme un autre tuteur.

S'il la maintient dans la tutelle, ne doit-il pas lui donner son mari pour cotuteur ?

S'il la lui laisse, il est tenu de lui donner pour cotuteur son nouveau mari, qui alors devient avec elle *solidairement* responsable de la gestion de la tutelle postérieure au mariage; *solidairement,* en ce sens que l'enfant qui, à l'occasion de la tutelle, aura des actions à exercer, pourra agir *pour le tout, à son choix,* contre sa mère ou contre son beau-père.

1087. — Cette cotutelle a été jugée nécessaire:

Quels sont les motifs de cette cotutelle?

1° Afin d'engager *légalement*, dans l'intérêt des enfants, la responsabilité de leur beau-père, qui, *en fait*, s'immiscera toujours dans les actes de la tutelle;

2° Parce qu'il eût été injuste de rendre la mère seule responsable d'une tutelle qu'en fait elle n'est pas libre de gérer seule.

1088. — On voit, d'après ce qui vient d'être dit, d'une part, que le nouveau mari de la mère n'est son *cotuteur* qu'autant qu'elle-même est tutrice; et, d'autre part, qu'elle ne peut être maintenue dans la tutelle que sous la condition d'avoir pour cotuteur son nouveau mari. D'où il suit:

La cotutelle du mari survit-elle à la tutelle de la mère?

1° Que la *cotutelle* du mari cesse nécessairement quand cesse la *tutelle* de la mère;

Quid, si le mari est destitué de sa cotutelle?

2° Que la tutelle de la mère cesse dès que la cotutelle n'a plus lieu, si d'ailleurs le cotuteur, qui a cessé de l'être, est encore vivant et non interdit. Ainsi, lorsque le mari a été destitué de sa tutelle, la mère cesse par là même d'être tutrice, en même temps qu'il cesse d'être cotuteur (1).

Quelle déchéance la mère encourt-elle lorsqu'elle se remarie sans convoquer le conseil de famille?

1089. — La mère qui se remarie sans convoquer le conseil de famille pour délibérer sur la question de savoir si elle restera ou non tutrice, *perd de plein droit la tutelle,* ce qui donne ouverture à la tutelle *dative*. Le conseil de famille nomme alors un tuteur.

Le conseil de famille peut-il alors la nommer tutrice?

Peut-il nommer la mère, qui a cessé d'être tutrice légitime? Pourquoi non? Il est vrai qu'aux termes de l'article 445, la personne qui a été *exclue* ou *destituée* d'une tutelle ne peut plus être membre d'un conseil de famille, ce qui emporte par *à fartiori* l'incapacité d'être tuteur. Mais, dans l'espèce, la mère n'a été ni *exclue* ni *destituée* de la tutelle; ce n'est que par suite d'une *omission,* d'une *simple négligence,* qu'elle l'a perdue.

Si le conseil de famille la choisit pour tutrice, il doit lui donner son mari pour *cotuteur*. Les motifs qui ont fait introduire la cotutelle du second mari de la mère militent, en effet, dans cette espèce, avec autant de force que dans celle qui fait l'objet de l'article 396.

La mère déchue de la tutelle est-elle déchargée de toute responsabilité?
Son nouveau mari est-il responsable avec elle?

1090. — La mère qui a perdu la tutelle pour n'avoir pas, préalablement à son second mariage, convoqué le conseil de famille, n'est point par cela même déchargée pour l'avenir de toute responsabilité. La loi la déclare, en effet, responsable, *solidairement avec son mari,* de toutes les suites de la tutelle, c'est-à-dire du dommage qu'ils ont pu causer à l'enfant, soit en agissant mal, soit en négligeant d'agir. Leur responsabilité comprend donc, la remarque en a été faite au Tribunat, *le défaut de gestion* comme *l'indue gestion*. Elle dure tant qu'ils n'ont pas fait nommer un tuteur.

Quel est le caractère de cette gestion intérimaire?

1091. — Quel est, au juste, le caractère de cette gestion intérimaire? Ce n'est pas une tutelle *de droit,* puisque, dans l'espèce, la mère a cessé d'être tutrice. Les actes qu'elle a faits peuvent donc être annulés, sur la demande de l'enfant, lorsqu'il y a intérêt.

Ce n'est pas non plus une gestion ordinaire; la loi l'appelle elle-même une *tutelle* indûment conservée. C'est une *tutelle de fait,*

(1) M. Demol., t. I, n° 132.

qui entraîne *contre la mère* toutes les suites de la tutelle ordinaire, et notamment l'hypothèque que la loi accorde aux mineurs sur les biens de leur tuteur. Rien n'est plus juste, au reste : la mère n'a pas pu, *par sa faute,* s'affranchir des charges dont elle eût été tenue *si elle eût accompli son devoir !*

Les biens de son mari sont-ils également soumis à l'hypothèque du mineur ? J'admettrais l'affirmative. Si la mère est soumise à l'hypothèque, c'est qu'elle est *tutrice* de fait ; or, son mari est son *cotuteur* de fait, puisqu'il est solidairement responsable avec elle des suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée (1).

La responsabilité du mari comprend - elle non seulement les faits de tutelle postérieurs au mariage, mais encore les faits antérieurs ?

1092. — Reste un point à régler. Lorsque la mère qui a convoqué le conseil de famille a été maintenue par lui dans la tutelle, son mari, devenu son cotuteur, est, avec elle, solidairement responsable de la gestion *postérieure au mariage* (art. 396).

Lors, au contraire, qu'il est simplement son cotuteur *de fait,* la loi le déclare responsable *de toutes les suites de la tutelle indûment conservée* (art. 395).

Faut-il conclure de la généralité de ces termes : *toutes les suites de la tutelle,* qu'il est, dans ce cas, responsable, non seulement de la gestion *postérieure,* mais encore de la gestion *antérieure* au mariage ?

L'affirmative est généralement admise. En effet :

1° Dans le cas réglé par l'article 396, la responsabilité du mari, cotuteur *de droit,* est bornée aux suites de la gestion *postérieure* au mariage ; au contraire, dans le cas prévu par l'article 395, la responsabilité n'a point de limite, elle comprend *toutes* les suites de la tutelle indûment conservée. L'antithèse est manifeste. Donc, etc...

2° Cette théorie était suivie dans notre ancien droit, ainsi que le rapportent Domat (liv. II, Tit. Ier, n° 37) et Pothier (*Hyp.*, sect. Ire, art. 3) ; or, rien ne nous autorise à penser que les rédacteurs du Code ont entendu innover sur ce point.

3° Un article avait été d'abord proposé qui limitait à la gestion *postérieure au mariage* la responsabilité du mari *cotuteur de fait ;* or, cette limitation a été effacée, on ne la retrouve plus dans la rédaction définitive.

4° Le mari pouvait, d'ailleurs, éviter cette responsabilité : il ne l'a pas fait ; c'est sa faute (2).

La négative a aussi ses partisans.

1° Il ne suffit point d'une antithèse pour mettre à la charge d'une personne la responsabilité d'une gestion à laquelle elle est restée étrangère ; il faudrait pour cela un texte bien positif, et il n'en existe point.

(1) M. Demol., t. I, n° 128. — *Contrà*, M. Val., *Explic. somm.*, p. 232 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 516.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 290 ; Dur., t. III, n° 426 ; Marc., sur l'art. 395 ; Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 26 ; Dem., t. II, n° 144 *bis*, IV.

2° Ce n'est pas tout! Le texte même de la loi limite implicitement à la gestion *postérieure au mariage* la responsabilité du mari cotuteur de fait. Qu'y est-il dit, en effet? Que le mari est responsable de toutes les suites de la tutelle *indûment* conservée! Or, la tutelle *indûment* conservée est évidemment celle qui, en fait, a été gérée *depuis* le mariage.

3° Il résulte d'une observation faite au Tribunat que les expressions : *toutes* les suites..., ont été employées, non pour étendre la responsabilité du mari à la gestion antérieure au mariage, mais uniquement pour faire comprendre qu'elle s'appliquerait tout à la fois au *défaut de gestion* et à l'*indue gestion* (voy. le n° 1090) (1).

III. *Disposition particulière à la mère survivante.*

Art 393.

Que doit faire le conseil de famille, lorsqu'à la mort du mari, la femme survivante se déclare enceinte ou qu'elle paraît l'être? Dans quel but nomme-t-on un curateur?

1093. — Lorsqu'à la mort du mari, la veuve se déclare enceinte ou paraît l'être, le conseil de famille nomme un *curateur au ventre* (voy. la *Form.* 137).

La mission de ce curateur est double. Il doit :

1° *Surveiller la veuve, à l'effet d'empêcher une supposition ou une suppression de part.* — La veuve peut, en effet, avoir intérêt tantôt à simuler une grossesse et à produire comme sien un enfant étranger, afin d'acquérir par lui, et pendant dix-huit ans, l'usufruit des biens que son mari a laissés dans sa succession (art. 384), et, à toute époque, une forte pension alimentaire (art. 205); tantôt, au contraire, à faire disparaître l'enfant dont elle est enceinte, afin de conserver, *sans aucune réduction,* les libéralités excessives que lui a faites son mari (voy. l'art. 1094). Le curateur au ventre est chargé de prévenir ces fraudes; il peut, à cet effet, rendre des visites à la veuve et assister à son accouchement.

2° *Administrer les biens dont se compose la succession du mari décédé.* — Cette succession est, en quelque sorte, vacante : car il est impossible de savoir à qui elle appartient, tant que l'enfant dont la femme est enceinte n'est pas né. Naît-il *vivant* et *viable :*

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 395; Demol., t. I, n° 127; Laurent, t. IV, n° 389. — M. Val. s'est rallié à cette opinion (*Explic. somm.*, p. 231). Voici comment il s'exprime, dans son *Cours de Code civil* (t. I, p. 517) : « Si la mère, débitrice du mineur à raison de la tutelle, était insolvable quand elle s'est remariée, le second mari ne sera pas garant des pertes qui étaient déjà consommées avant son mariage : car, à cet égard, sa faute n'a évidemment causé aucun tort au mineur. Mais si nous supposons que la mère, encore solvable lors de son second mariage, et en état de rembourser la totalité ou une partie de ce qu'elle doit, est devenue insolvable depuis le second mariage, le nouveau mari doit être tenu même des pertes antérieures à son mariage, dans les limites de la solvabilité alors existante, parce que, sans la faute à laquelle il a participé, un nouveau tuteur aurait pu être nommé, et un compte demandé à la femme en temps utile. »

c'est à lui qu'elle appartenait : il en a été investi du jour même où elle a été ouverte, conformément au principe qu'il suffit, pour acquérir une succession, d'être *conçu* au moment où elle s'ouvre, pourvu d'ailleurs qu'on naisse vivant et viable (art. 725). Naît-il *mort*, ou *vivant* mais *non viable* : il n'a eu aucune vocation à la succession, qui, par conséquent, s'est ouverte soit au profit des parents de son père, soit au profit de sa mère, si son père n'a point laissé de parents au degré successible.

Tant que dure cette incertitude, la succession est administrée par le curateur, dans l'intérêt de l'héritier inconnu auquel elle appartient.

Quid, si la veuve accouche d'un enfant vivant et viable ?
La mère peut-elle concourir à nommer le curateur ?
Peut-il être pris parmi les parents maternels de l'enfant ?
Est-il nécessaire d'en nommer un lorsque la veuve a déjà des enfants nés et vivants ?

1094. — Si l'enfant naît vivant et viable, la mère en devient la tutrice, et le curateur en est de plein droit le *subrogé tuteur*. Concluons de là : 1° que la mère ne doit pas prendre part à la nomination du curateur au ventre (voy. l'art. 423); 2° qu'il doit être pris parmi les parents paternels de l'enfant (même art. 423).

1095. — On s'est demandé s'il était nécessaire de nommer un curateur au ventre, lorsque la veuve a déjà des enfants nés et vivants.

Quelques personnes admettent la négative.

La création de la *curatelle* AD VENTREM a pour fondement principal la crainte d'une *supposition de part;* or, cette crainte n'existe pas dans le cas où la veuve a déjà des enfants, car alors elle n'a aucun intérêt sérieux à feindre une grossesse. Et à quoi bon d'ailleurs un surveillant spécial? Ou les enfants existants sont majeurs, et alors ils veillent eux-mêmes; ou ils sont mineurs, et alors leur mère, qui est leur tutrice, est surveillée par le subrogé tuteur qui lui est donné (1).

D'autres tiennent pour l'affirmative. Un article spécial limitait la nomination du curateur *au cas où la veuve n'avait point d'enfants déjà nés;* or, cette disposition limitative a été rejetée : la règle établie est absolue! La *supposition de part* est, à la vérité, peu à craindre dans le cas dont il s'agit : car la survenance d'un nouvel enfant n'aurait, quant à la mère, d'autre effet que de lui attribuer, sur la part de la succession dévolue à son nouveau-né, un droit d'usufruit qui durerait plus longtemps que si cette portion de succession restait aux enfants déjà nés; mais enfin un danger, quoique peu sérieux, existe, et cela suffit (2).

Dans un troisième système, on distingue si les enfants déjà nés sont mineurs ou majeurs. Au premier cas, le curateur *ad ventrem* n'est pas nécessaire : la mère, étant tutrice de ses enfants, a un subrogé-tuteur qui tient lieu de curateur et qui en fait l'office. Dans le second, le curateur *ad ventrem* est indispensable : autrement, l'enfant conçu n'aurait personne pour veiller à ses intérêts

(1) MM. Dur., t. III, n° 429; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 393; Laurent, t. IV, n° 394.
(2) MM. Aubry et Rau, t. I, § 136, note 5.

et prévenir les fraudes, détournements et dilapidations auxquels pourraient se livrer les enfants existants (1).

SECTION II. — DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE, OU, PLUS EXACTEMENT, PAR LE DERNIER MOURANT DES PÈRE ET MÈRE.

Art. 397.

Le dernier mourant des père et mère a-t-il le droit de nommer un tuteur à ses enfants mineurs?

1096. — Le dernier mourant des père et mère a le droit de désigner son successeur dans l'exercice de la tutelle de ses enfants. C'est une suite de la confiance que lui accorde la loi.

1097. — I. COMMENT SE FAIT CETTE NOMINATION. — Elle ne peut être faite que dans les formes prescrites pour la nomination du conseil que le mari peut donner à sa femme (art. 392). Ainsi elle doit l'être de l'une des manières suivantes :

Art. 398.

Comment se fait cette nomination?

1° Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par l'un des modes de tester admis par la loi (art. 969 et suiv.) (voy. la *Form.* 138);

2° Par une déclaration faite soit devant le juge de paix assisté de son greffier, soit devant notaires.

Comment appelle-t-on la tutelle ainsi déférée?

1098. — II. COMMENT ON APPELLE LA TUTELLE AINSI DÉFÉRÉE. — On l'appelle *testamentaire*. Cette désignation est assurément très exacte pour le cas où la tutelle a été déférée par un acte *de dernière volonté*, c'est-à-dire dans la forme d'un testament, et pour produire son effet après le décès du dernier mourant des père et mère.

Pourquoi l'appelle-t-on *testamentaire*, même dans le cas où elle a été déférée par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant un notaire?

Dans le cas où elle a été déférée par une déclaration faite *devant le juge de paix* ou *devant notaires*, il semble que le nom de tutelle *testamentaire* ne lui convient plus, puisque l'acte par lequel le tuteur a été nommé n'a point les *formes d'un testament*. Cependant, comme elle ne doit, de même que celle qui est déférée dans la forme des testaments, produire son effet qu'*après la mort* du père ou de la mère qui l'a déférée, on l'a comprise sous la même dénomination, afin de marquer et de faire sentir qu'elle est de la même nature que la première, bien qu'elle ne soit pas déférée dans la même forme.

Ainsi, la tutelle déférée par le survivant des époux, en quelque forme qu'elle l'ait été, ne produit jamais ses effets qu'*après la mort* de l'époux qui l'a déférée. Le droit de nommer un tuteur appartient, en effet, non pas au *survivant,* mais, ce qui est bien différent, au *dernier mourant* des père et mère. Exprimer qu'un tuteur ne peut être nommé que par le *dernier mourant* des père et mère, c'est implicitement dire que ce tuteur ne peut être nommé que pour le temps *où l'époux qui lui défère la tutelle* SERA DÉCÉDÉ : ce qui exclut, par une conséquence forcée, la faculté,

(1) Marc., sur l'art 393; MM Demol., t. I, n° 70, et Val., *Cours de C. civil*, t. I, p. 513.

pour l'époux survivant, de nommer un tuteur pour le remplacer *en son vivant*. La loi elle-même confirme implicitement cette interprétation, lorsqu'elle impose à la mère *survivante*, qui a renoncé à la tutelle légitime de ses enfants, l'obligation de *faire nommer* un tuteur à sa place, c'est-à-dire de requérir la convocation du conseil de famille, pour qu'il ait à conférer à une autre personne la tutelle qu'elle refuse.

A qui appartient ce droit de nomination? Lorsque l'un des époux est interdit, ou indigne de la tutelle, l'autre peut-il nommer un tuteur testamentaire?

1099. — III. A QUI APPARTIENT CE DROIT DE NOMINATION. — Aucun des deux époux n'a le droit d'exclure de la tutelle légitime celui des deux qui survivra à l'autre : le droit de nommer un tuteur testamentaire *n'appartient donc qu'au dernier mourant* des père et mère. Ainsi, la nomination d'un tuteur par le *premier mourant* des époux serait nulle et de nul effet, *même dans le cas où son conjoint survivant serait incapable* (à cause de son interdiction), ou *indigne* (par suite de la déchéance dont il est parlé dans l'art. 335 du Code pénal) *d'exercer* la tutelle légitime.

Le dernier mourant conserve-t-il son droit de nomination, dans le cas où il n'a pas lui-même la tutelle?

1100. — Le dernier mourant des père et mère conserve-t-il son droit de nomination *dans le cas où il n'a pas lui-même la tutelle de ses enfants?* — La négative est incontestable :

1° A l'égard de la mère qui, s'étant remariée, n'a pas été maintenue dans la tutelle : ce cas est expressément prévu par l'article 399;

2° A l'égard du survivant qui a été *exclu* ou *destitué* de la tutelle, soit pour inconduite notoire, soit pour incapacité ou infidélité. Il ne pourrait pas, aux termes de l'article 445, *concourir*, comme membre du conseil de famille, *à la nomination d'un tuteur datif;* à bien plus forte raison est-il incapable de le nommer *à lui seul*.

Quid, à l'égard de la mère survivante qui a refusé la tutelle, ou du père survivant qui s'en est fait excuser?

1101. — Mais que décider à l'égard de la mère survivante qui a refusé la tutelle, ou du père survivant qui s'en est fait excuser? Il est bien entendu que cet époux survivant ne peut point se faire remplacer, *dès à présent*, par un tuteur de son choix (voy. le n° 1099); mais peut-il en désigner un *pour l'époque de son décès*, pour remplacer le tuteur datif qui, *à cette époque*, sera en exercice? Là est la question. Je la résous négativement. Un tuteur datif a été nommé pour remplacer l'époux survivant qui a refusé la tutelle légitime, ou qui s'en est fait excuser; or, nulle loi n'accorde au dernier mourant le droit de *destituer* un tuteur datif qui a été régulièrement nommé (1).

Art. 399 et 400.

Le père qui se remarie perd-il son droit de nomination? *Quid*, de la mère dans le même cas? Quelle distinction la loi fait-elle à cet égard?

1102. — IV. DISPOSITIONS PARTICULIÈRES A LA MÈRE SURVIVANTE. — Le père, *quoique remarié*, conserve intact le droit de désigner son successeur dans l'exercice de la tutelle. Il n'en est pas de même de la mère *remariée :* son second mariage *éteint* ou *modifie* son droit de nomination. La loi fait, à cet égard, une distinction :

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 294; Aubry et Rau, t. I, § 100, note 6; Dem., t. II, n° 146 *bis*, I; Marc., sur l'art. 397; Demol., t. I, n°s 161 et suiv.; Laurent, t. IV, n° 396.

La mère *remariée* ET NON MAINTENUE dans la tutelle des enfants de son premier mariage a perdu le droit de leur choisir un tuteur. Il en est de même dans le cas où elle a été, de plein droit, déchue de la tutelle pour n'avoir pas fait convoquer le conseil de famille préalablement à son mariage (voy. le n° 1086). Comment, en effet, pourrait-elle déléguer à un autre le droit que la loi lui a retiré ?

La mère *remariée* ET MAINTENUE dans la tutelle conserve son droit de nomination; mais, comme le choix qu'elle fait pourrait être dicté par son nouveau mari, il importe, pour la garantie des enfants, que le tuteur désigné par elle soit confirmé par le conseil de famille. C'est une *indication* plutôt qu'une *élection* qu'elle fait; car le conseil de famille est libre d'accorder ou de refuser sa confirmation.

Quelle différence y a-t-il, quant au point que nous traitons, entre le cas où la mère remariée a été maintenue dans la tutelle et celui où elle n'a pas été maintenue ?

1103. — Mais, a-t-on dit, où donc est la différence entre les deux hypothèses qui viennent d'être réglées? — La différence existe; seulement on ne l'aperçoit pas de prime abord. Je reprends les deux cas :

La mère remariée et *non maintenue dans la tutelle* a nommé Paul pour tuteur : cette nomination n'est point valable, et Paul n'est point tuteur testamentaire; mais le conseil de famille peut évidemment le nommer, car la circonstance qu'il a été désigné par la mère n'est pas et ne peut pas être une cause d'incapacité ou d'exclusion. Ainsi, le conseil de famille peut choisir pour tuteur, ou la personne désignée par la mère, ou toute autre personne.

La mère remariée et *maintenue dans la tutelle* a nommé Paul pour tuteur : cette nomination n'est valable qu'autant qu'elle est confirmée par le conseil de famille. Le conseil de famille est libre de ne pas accorder la confirmation : il peut donc choisir pour tuteur, ou la personne désignée par la mère, ou toute autre personne.

Donc, dira-t-on, le résultat est le même dans les deux cas! donc, dans les deux cas, la mère remariée n'exerce réellement aucun pouvoir!

Cela est parfaitement vrai dans le cas où les enfants n'ont point d'*ascendants*. Mais, si nous supposons l'hypothèse inverse, la différence entre la mère *non maintenue* et la mère *maintenue* dans la tutelle est bien grande. La mère survivante qui nomme un tuteur testamentaire exclut de la tutelle les ascendants (voy. l'art. 402); or, lorsqu'elle est *remariée*, elle conserve ou elle perd ce droit, suivant qu'elle a été ou non maintenue dans la tutelle. Là est la différence entre les deux cas.

La mère remariée a-t-elle, par suite de son second mariage, *perdu* la tutelle : elle ne peut point écarter de la tutelle légitime les ascendants de ses enfants : elle ne peut pas les exclure, puisqu'elle a perdu le droit de choisir un tuteur. Ainsi, le conseil de famille ne peut nommer ni la personne qu'elle a désignée pour tuteur ni toute autre personne. Les ascendants sont tuteurs de plein droit.

A-t-elle, au contraire, été *maintenue* dans la tutelle : elle peut

exclure la tutelle des ascendants, puisqu'elle a le droit de choisir un tuteur testamentaire. Ainsi, le tuteur qu'elle désigne l'emporte sur les ascendants, lorsqu'il est confirmé par le conseil de famille. Que s'il n'est point confirmé, le conseil de famille doit alors nommer un autre tuteur : car la mère, en *ayant choisi un,* a par là même exclu les ascendants, bien qu'en fait l'élection du tuteur qu'elle a désigné soit restée sans effet (voy. le nº 1105, 2º) (1).

Art. 401.

Le tuteur testamentaire est-il toujours obligé d'accepter la tutelle qui lui a été déférée ?

1104. — V. EXCUSE. — Le tuteur testamentaire n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes que, à son défaut, le conseil de famille eût pu en charger. — Cette disposition n'est point, ainsi qu'on pourrait le croire, *spéciale* à la tutelle testamentaire. Nous la retrouverons, en effet, plus tard, généralisée et étendue à toute espèce de tutelle *dative* (voy. l'explic. de l'art. 432).

SECTION III. — DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS.

Art. 402 et 403.

Quand s'ouvre la tutelle des ascendants ?

1105. — I. QUAND S'OUVRE LA TUTELLE DES ASCENDANTS. — Les ascendants ne sont appelés à la tutelle légitime de leurs descendants qu'autant que ces trois conditions concourent. Il faut :

Quid, si le père ou la mère qui survit n'exerce pas la tutelle, soit parce qu'il en est incapable, soit parce qu'il en a été excusé, exclu ou destitué ? Y a-t-il lieu, dans ces divers cas, à la tutelle des ascendants ?

1º *Que les père et mère soient l'un et l'autre décédés.* Ainsi, la tutelle des ascendants n'a jamais lieu *du vivant* du père ou de la mère. Si le survivant des père et mère n'exerce pas la tutelle, soit parce qu'il l'a refusée (art. 394), soit parce qu'il en est incapable, soit parce qu'il en a été excusé, exclu ou destitué, le conseil de famille nomme un tuteur datif.

Quid, si le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère est exclu ou destitué de la tutelle?

2º *Que le dernier mourant des père et mère n'ait pas choisi un tuteur testamentaire.* — Remarquez que la loi n'exige point, pour l'exclusion des ascendants, *qu'il y ait un tuteur testamentaire ;* il suffit pour cela que le dernier mourant en *ait choisi un, quel que soit d'ailleurs le résultat.* Ainsi, lorsque le tuteur choisi par le dernier mourant des père et mère est exclu ou destitué de la tutelle, elle passe, non pas aux ascendants, mais à un tuteur datif. La circonstance que le dernier mourant, en la sagesse duquel la loi a pleine confiance, a manifesté l'intention d'exclure les ascendants, élève contre eux une présomption d'incapacité ; cette présomption n'est pas détruite par cette autre circonstance que le tuteur testamentaire a été, en fait, écarté de la tutelle.

Quid, s'il a manqué d'être tuteur parce qu'il est mort avant le testateur, qui l'a nommé ?

Il en est de même, et par analogie de motifs, dans le cas où le tuteur testamentaire a manqué de l'être parce qu'il est mort avant le père ou la mère qui l'a nommé.

Ma règle est celle-ci : l'élection régulière d'un tuteur testamentaire suffit, dans tous les cas, pour exclure les ascendants, sans qu'il y ait à distinguer si le tuteur désigné exerce ou non la

(1) M. Bug., à son cours ; M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 519.

tutelle, ni, quand il ne l'exerce pas, à rechercher quelle est la cause qui a rendu son élection sans effet (1).

Je dois dire, toutefois, que M. Duranton (t. III, nº 441) excepte le cas où le tuteur testamentaire est *mort* avant ou même après le père ou la mère qui l'a nommé. La raison qu'il donne à l'appui de cette exception est un peu subtile : « Si, dit-il, les ascendants restent exclus lorsque le tuteur testamentaire a été *exclu* ou *destitué* de la tutelle, c'est qu'alors il ne cesse pas, à proprement parler, d'être tuteur : on peut dire qu'il l'est encore ; *seulement il est dépouillé de l'administration*. Mais, lorsqu'il est *mort*, il n'y a plus réellement de tuteur choisi par le dernier mourant des père et mère, et alors rien ne fait plus obstacle à la tutelle des ascendants » (2).

S'il existe, lors du décès du dernier mourant des père et mère, un tuteur datif en exercice, y a-t-il lieu à la tutelle des ascendants ?

3º *Qu'il n'y ait point, au décès du dernier mourant des père et mère, un tuteur datif en exercice*. — Ainsi, lorsqu'un tuteur a été nommé par le conseil de famille pour remplacer le survivant des père et mère qui a refusé la tutelle (art. 394), ou qui en a été excusé, exclu ou destitué, ce tuteur datif reste en exercice, même après la mort du père ou de la mère qu'il remplace. S'il devait, en effet, être remplacé par les ascendants, à l'époque du décès du survivant des père et mère, dans quel but la loi l'aurait-elle fait nommer ? Il eût été bien plus simple d'appeler de suite les ascendants !

Art. 402 à 404.

Auquel des ascendants la tutelle légitime, quand elle s'ouvre, est-elle déférée ?

1106. — II. A QUELS ASCENDANTS ET DANS QUEL ORDRE EST DÉFÉRÉE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS. — Les *ascendantes* n'y sont point appelées. La tutelle de la *mère survivante* est la seule tutelle légitime dont les femmes soient capables.

Parmi les ascendants mâles, la loi préfère :

1º Lorsqu'ils sont à des degrés inégaux, *le plus proche*, à quelque ligne qu'il appartienne. Ainsi, lorsque l'enfant a un bisaïeul paternel et un aïeul maternel, c'est à ce dernier que la tutelle appartient : dans ce cas, la proximité du degré l'emporte sur le privilège du nom.

2º Lorsqu'ils sont à des degrés égaux, l'ascendant dont l'*enfant porte le nom*. Ainsi :

a. L'enfant a-t-il son aïeul paternel et son aïeul maternel, c'est le premier qui est tuteur.

b. A-t-il, *dans sa ligne paternelle*, deux bisaïeuls, la tutelle appartient à celui des deux qui se trouve être l'*aïeul paternel* du père de l'enfant : car, entre ce bisaïeul et l'enfant, il y a *communauté de nom*. — La loi a pensé que, l'ascendant dont l'enfant perpétue le nom étant plus directement intéressé que tout autre à faire de son

(1) MM. Demol., t. I, nºˢ 179 et suiv. ; Dem., t. II, nº 150 *bis*, I-II.

(2) « Il est bien entendu, disent MM. Aubry et Rau (t. I, § 101, note 2), que, si le tuteur testamentaire était décédé avant le survivant des père et mère, sa nomination serait à considérer comme non avenue, et qu'en pareil cas il y aurait lieu à la tutelle légale des ascendants. » — Comp. M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 521 et 522, et M. Laurent, t. IV, nº 402.

descendant un honnête homme et, s'il le peut, un homme illustre, il était naturel et juste de le préférer aux autres ascendants.

Cette cause de préférence n'existant plus dans le cas où l'enfant a deux bisaïeuls *dans sa ligne maternelle*, la loi confie au conseil de famille le soin de désigner pour tuteur celui des deux qui lui paraît le plus propre aux fonctions de la tutelle.

Section IV. — De la tutelle déférée par le conseil de famille.

I. — *Dans quels cas il y a lieu à la tutelle dative.*

Art. 405.

Dans quels cas y a-t-il lieu à la tutelle dative?

1107. — Il y a lieu à cette tutelle, non seulement dans le cas où e mineur est resté sans père ni mère, ni tuteur élu par le dernier mourant de ses père et mère, ni aucun ascendant, mais encore lorsque le tuteur de l'une de ces qualités se trouve, par une cause quelconque (refus, excuse, exclusion ou destitution), écarté de la tutelle (voy. le n° 1105, et la *Form*. 140).

II. — *De la nomination d'un protuteur.*

Art. 417.

Le conseil de famille peut-il nommer deux tuteurs ?

Ne le peut-il pas dans un certain cas ?

1108. — En principe, le même mineur n'a jamais *qu'un seul tuteur* (1). Si le patrimoine à administrer est considérable, si les biens qui le composent sont de natures différentes, et surtout lorsqu'ils sont séparés et situés en des lieux divers, le conseil de famille autorise le tuteur à s'aider d'administrateurs salariés et gérant sous sa responsabilité (voy. art. 454 *in fine*).

Toutefois, et par exception à notre règle, le même mineur a deux tuteurs :

1° Lorsque sa mère, tutrice légale, s'étant remariée, a été maintenue dans la tutelle : on se rappelle qu'en effet le conseil de famille ne peut conserver la tutelle à la mère que sous la condition de lui donner son mari pour *cotuteur* (art. 396).

2° Lorsque, étant domicilié en France, il possède des biens *dans les colonies*, ou réciproquement. Dans ce cas, le conseil de famille nomme un *protuteur* auquel il confie l'administration des biens situés dans les colonies (2).

Dans les colonies... Ainsi, il ne suffit point, pour qu'il y ait lieu à la protutelle, que le mineur domicilié en France ait des biens

(1) MM. Demol., t. I, nos 220 à 222 ; Laurent, t. IV, n° 369. — La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 décembre 1863, décide qu'il appartient aux tribunaux de rechercher ce qui doit être le plus avantageux aux intérêts du mineur (Sir., 64, 1, 21). Comp. MM. Demol., t. I, nos 223 et suiv. ; Aubry et Rau, t. I, § 89, p. 370, n° 5; Val., *Cours de C. civ.*, p. 530 et 531.

(2) L'art. 417 n'est pas très bien rédigé. L'idée de la loi est évidemment que, si le mineur est domicilié en France, il aura un *protuteur* pour les biens des colonies ; que, si, au contraire, le mineur est domicilié aux colonies, il aura un *protuteur* pour les biens de France.

d'*outre-mer,* par exemple, en Corse ou à Belle-Isle. Ces mots d'*outre-mer,* qui se trouvaient dans le projet, ont, en effet, été changés à dessein, et remplacés par ceux-ci : biens *des colonies.*

1109. — La protutelle peut, quand le tuteur la réclame, avoir lieu même dans la tutelle légitime ou testamentaire. Il est vrai que l'article 417, qui l'a introduite, fait partie de la Section où la loi s'occupe spécialement de la tutelle *dative;* mais cette Section, tout le monde le reconnaît, contient plusieurs dispositions qui, par leur nature, sont communes à toute espèce de tutelle (art. 419). Or, par sa nature, je veux dire à cause de son utilité, de sa nécessité même, l'institution de la protutelle est évidemment générale et applicable à toute tutelle. Et, en effet, la considère-t-on comme un avantage, un soulagement pour le tuteur : pourquoi en priver le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire? Y voit-on une protection pour le mineur : pourquoi ne l'en pas faire jouir dans tous les cas (1)? La protutelle peut-elle avoir lieu dans toute tutelle?

— Le protuteur et le tuteur, dans l'hypothèse de la tutelle dative, sont nommés par le *même* conseil de famille (voy. la *Form.* 139), c'est-à-dire par le conseil convoqué en France, si le mineur y est domicilié, ou, dans le cas inverse, par le conseil convoqué aux colonies. Le système contraire, qui d'abord avait été proposé, n'a pas été consacré (disc. au Conseil d'État, 29 vend. an XI). Par quel conseil de famille est nommé le protuteur?

— Le tuteur et le protuteur sont indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective (art. 417 *in fine*).

III. — *Des attributions du conseil de famille et du juge de paix.*

1110. —Ces attributions du conseil de famille se rapportent à trois objets principaux : il fait des *nominations* et *destitutions;* il accorde des *autorisations* au tuteur (et, dans certains cas, au mineur : voy. les art. 160 et 1398); enfin il donne quelquefois des *avis* à la justice. Ainsi : Quelles sont, en général, les attributions du conseil de famille?

1° Il nomme, exclut ou destitue les tuteur, protuteur, cotuteur, subrogé tuteur ou curateur, dans les cas déterminés par la loi (art. 318, 393, 395, 396, 400, 404, 405, 417, 420, 446 et 470).

2° Il donne ou refuse son autorisation aux actes qu'à raison de leur importance le tuteur ne peut pas faire seul (voy. notamment les art. 455, 461, 463 à 465, 467, 468, 817) (2). C'est lui encore qui donne ou refuse son consentement au mariage du mineur

(1) MM. Demol., t. I, n° 202; Dem., t. II, n° 166 *bis*, II; Laurent, t. IV, n° 410.

(2) Ajoutez que, quand le tuteur, à défaut des père et mère, consent à l'engagement volontaire du mineur âgé de moins de vingt ans, il doit être autorisé par une délibération du conseil de famille (loi du 27 juillet 1872, art. 46).

resté sans ascendants en état de manifester leur volonté (art. 160).

3° Enfin il donne son *avis,* c'est-à-dire son opinion, sur les questions qui lui sont soumises par le tribunal ou par le tuteur (art. 494, 2143).

1111. — Quoique la loi ne s'occupe, dans notre Section, que de la *nomination* du tuteur et du protuteur, les règles qu'elle donne sur la composition du conseil, sur sa convocation, sur le lieu où il doit être convoqué, et enfin sur son mode de délibérer, sont néanmoins générales et applicables dans tous les cas où il est nécessaire de l'assembler.

IV. — *Composition du conseil.*

Art. 407 à 410.

De combien de personnes se compose le conseil de famille?

1112. — Le conseil se compose : 1° du juge de paix, qui de droit en est le président ; 2° de six parents ou alliés, pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et domiciliés ou résidant dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans la distance de deux myriamètres.

Pourquoi la loi exige-t-elle, outre le juge de paix, *six* autres personnes? Quelle qualité doivent avoir ces personnes?

« *Six...* », pour deux raisons :

1° Afin d'avoir un nombre ***impair*** en y comprenant le juge de paix : de cette manière, on évite, le plus qu'on peut, l'inconvénient de voir le conseil, lorsqu'il a une délibération à prendre ou un avis à donner, se partager en deux opinions, ayant chacune un nombre égal de voix ;

2° Afin qu'on puisse avoir, dans chaque ligne, un nombre égal de parents.

Pourquoi la loi veut-elle qu'elles soient prises moitié du côté paternel et moitié du côté maternel? Pourquoi doivent-elles être prises dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres? *Quid,* s'il existe dans cette distance des *parents* et des *alliés ?*

« *Moitié du côté paternel, moitié du côté maternel...* », afin d'éviter, dans les décisions à prendre, l'influence d'une ligne sur l'autre.

« *Dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans la distance de deux myriamètres...* » afin que les intérêts du mineur ne souffrent point du retard que pourrait occasionner l'éloignement des autres parents.

1113. — Parmi les personnes domiciliées ou résidantes dans la commune de la tutelle ou dans la distance de deux myriamètres, la loi préfère :

1° Le *parent* à l'*allié, quand ils sont au même degré.* L'*allié* l'emporte donc sur le *parent* quand il est d'un degré plus proche. Ainsi, l'allié au degré de *frère* doit être appelé de préférence à l'*oncle* ou au *cousin.*

L'alliance est-elle détruite par le décès sans enfants de l'époux qui l'a produite?

Remarquons que l'alliance subsiste malgré *le décès sans enfants* de l'époux qui l'a produite. Il est vrai qu'il en est différemment en matière de *dette alimentaire* (art. 206); mais il ne faut voir là qu'une exception au principe. La règle est que l'alliance n'est pas, en général, détruite par le *décès sans enfants* de l'un des époux, et qu'ainsi elle continue de subsister pour tous les cas où la loi

ne la déclare pas éteinte. Le juge de paix devrait donc appeler au conseil le mari de la sœur, de la cousine... du mineur, lors même que cette sœur, cette cousine, serait décédée sans enfants (1).

2° Le parent le plus âgé, à celui qui l'est moins, *lorsqu'ils sont égaux en degré.*

Art. 408

Le juge de paix peut-il convoquer au conseil *moins* de six membres ?

1114. — *Exception au principe qu'il faut, pour composer le conseil, six personnes outre le juge de paix.* — Le nombre six est tout à la fois un *minimum* et un *maximum*. Ainsi:

1° Le juge de paix doit toujours, quand il compose le conseil, convoquer *six* personnes. Nous verrons toutefois qu'il suffit que *cinq* des *six* membres convoqués s'assemblent pour que le conseil puisse délibérer (art. 415).

Peut-il en convoquer plus de six ?

Ce principe ne souffre-t-il pas une exception à l'égard de certaines personnes ?

Quelles sont ces personnes ?

2° En principe, le juge de paix ne doit convoquer que six personnes seulement ; mais une exception a été admise, en faveur:

a. Des frères germains et *des maris des sœurs germaines;*

b. Des veuves d'ascendants et *des ascendants valablement excusés.*

Ces parents ou alliés, *en quelque nombre qu'ils soient,* sont tous ensemble appelés au conseil de famille; ce n'est que lorsqu'ils sont au-dessous de six qu'on recourt aux autres parents.

Frères germains..., enfants nés du même père et de la même mère. On appelle frères *consanguins* les enfants nés du même père, mais qui ont chacun une mère différente, et frères *utérins,* les enfants qui ont la même mère sans avoir le même père.

Et des maris des sœurs germaines... Les sœurs, quoique germaines, ne font point partie du conseil, parce qu'en principe les femmes ne sont point capables de la tutelle ni des fonctions qui s'y rattachent (art. 442) ; elles sont représentées par leurs maris, qui sont les beaux-frères germains du mineur.

Ces expressions *veuves d'ascendants* sont-elles exactes ?

Par quelles autres expressions faut-il les remplacer?

Des veuves d'ascendants..., expressions inexactes. Il faut lire : *des ascendantes veuves.* Ainsi, lorsque le père survivant est décédé après s'être remarié, sa seconde femme (la *marâtre* de l'enfant) ne peut point, *quoique veuve d'un ascendant,* faire partie du conseil.

Quant aux *ascendantes* du mineur, elles n'y sont appelées qu'autant qu'elles sont *veuves,* parce que, tant que leur mari, l'ascendant du mineur, est vivant, c'est lui qui est appelé.

Et des ascendants valablement excusés... Ajoutez, par *à fortiori :* ou *qui n'ont pas été appelés à la tutelle,* dans le cas où le dernier mourant des père et mère a choisi un tuteur testamentaire.

Lorsqu'il existe des frères germains ou des maris de sœurs germaines au nombre de six ou au delà, les ascendantes veuves et les ascendants excusés de la tutelle, ou qui

1115. — Quelques personnes pensent que, lorsqu'il existe des frères germains ou des maris de sœurs germaines, au nombre de six ou au delà, les ascendantes veuves et les ascendants excusés de la tutelle ou qui n'y ont pas été appelés ne sont admis au conseil que *par déférence et seulement comme membres honoraires,* et

(1) MM. Val., *Sur Proud.*, t. II, p. 315 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 525 ; Demol., t. I, n° 355 ; Aubry et Rau, t. I, ᶊ 93, note 4. — *Contrà*, Dem., t. II, n° 154 *bis* ; M. Laurent, t. IV, n° 436.

n'y ont pas été appelés, sont-ils admis au conseil comme membres nécessaires, ou n'y sont-ils appelés que par déférence et comme membres honoraires ?

qu'ainsi ils peuvent s'abstenir d'y venir sans encourir aucune amende. Et, en effet, disent-elles, les frères germains et les maris des sœurs germaines sont, aux termes bien formels de l'article 408, SEULS exceptés de la limitation du nombre six! — Mais on a répondu, avec raison, que le même article ajoute, non moins formellement, qu'ils composeront le conseil avec les ascendantes veuves et les ascendants excusés de la tutelle.

Art. 409 et 410.

Que doit faire le juge de paix lorsque les parents de l'une ou l'autre ligne sont en nombre insuffisant dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres ?

1116. — *Modifications à la règle de la circonscription territoriale dans laquelle on doit prendre les membres du conseil.* — 1° « Lorsque les parents ou alliés *de l'une ou de l'autre ligne* sont en nombre insuffisant dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres, le juge de paix peut, à son choix, appeler :

« Soit les parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances ;

« Soit des personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur, pourvu toutefois que ces personnes soient domiciliées *dans la commune même de l'ouverture de la tutelle.* »

Remarquons qu'il n'est point permis de compléter le nombre des parents ou alliés d'une ligne par les parents ou alliés de l'autre ligne (arg. tiré de ces mots : de l'une *ou* de l'autre ligne). Ainsi, lorsqu'il existe, par exemple, six parents dans la ligne paternelle et point dans la ligne maternelle, les parents maternels manquants doivent être remplacés par trois parents maternels pris en dehors de la circonscription territoriale, ou par des amis. Autrement, l'équilibre d'influence que la loi exige entre les deux lignes n'existerait plus.

S'il existe des parents ou alliés dans la circonscription légale, le juge de paix peut-il appeler, de préférence à eux, les parents ou alliés domiciliés à une plus grande distance ?

2° Lors même qu'il existe dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres, des parents ou des alliés en nombre suffisant, le juge de paix peut, lorsqu'il le juge utile pour le bien de l'enfant, citer, *à quelque distance qu'ils soient domiciliés,* d'autres parents ou alliés, pourvu d'ailleurs qu'ils soient plus proches en degré ou de même degré que les parents ou alliés présents ; mais alors il doit prendre soin de retrancher quelques-uns de ces derniers, afin de ne pas dépasser le nombre six.

V. — *En quel lieu le conseil doit être formé, quel est le juge de paix compétent pour le convoquer.*

Art. 407.

En quel lieu le conseil doit-il être formé? Quel est le juge de paix compétent pour le convoquer?

1117. — Nous avons vu que le conseil est composé : 1° du juge de paix *du lieu où la tutelle s'est ouverte ;* 2° de parents, alliés ou amis, domiciliés dans la même commune. Il importe donc de déterminer avec précision quel est *le lieu de l'ouverture de la tutelle.*

La tutelle s'ouvre évidemment au lieu où le mineur est domici-

lié lorsque arrive l'événement qui la fait naître, c'est-à-dire la dissolution du mariage de ses père et mère (art. 390). C'est donc *au domicile du père* qu'elle s'ouvre toujours : car pendant le mariage c'est au domicile même du père que l'enfant est domicilié (art. 108).

Quel est *le lieu de l'ouverture de la tutelle?*

Ainsi, le domicile primitif, originaire, de la tutelle, est au domicile qu'avait le père à l'époque de la dissolution de son mariage.

Mais ce domicile de la tutelle a-t-il une assiette *fixe, définitive?* peut-il, au contraire, être déplacé pendant le cours de la tutelle, soit par la mort, la destitution ou l'exclusion du tuteur, ce qui donne *ouverture* à une autre tutelle, soit par le déplacement du domicile du tuteur ?

Le domicile primitif, originaire, de la tutelle a-t-il une assiette *fixe, définitive ?*
En autres termes, peut-il être déplacé pendant le cours de la tutelle ?

MM. Valette (*Sur Proud.*, t. II, p. 313) et Demolombe (nos 241 et suiv.) enseignent :

1° Que, lorsque le tuteur originaire est remplacé par un autre tuteur, le domicile de la tutelle reste le même, quoique le nouveau tuteur ait un domicile autre que celui qu'avait le tuteur qu'il remplace. Le père survivant est, je suppose, domicilié *à Paris ;* il meurt; un nouveau tuteur le remplace, qui est domicilié *à Lyon :* le siège, le domicile de la tutelle reste *à Paris ;* c'est là que le conseil de famille devra être assemblé, toutes les fois que sa convocation sera nécessaire.

2° Que le domicile de la tutelle, une fois fixé par le domicile qu'avait le mineur au moment où la tutelle s'est ouverte, est désormais indépendant des nouveaux domiciles que le mineur pourra acquérir pendant le temps de sa minorité ; en d'autres termes, que le domicile originaire de la tutelle ne change point lorsque le tuteur, et, par suite, le mineur, changent de domicile. Il est vrai qu'aux termes de l'article 406 le conseil de famille doit être convoqué par le juge de paix *du domicile du mineur,* d'où il semble qu'on pourrait conclure que, pour déterminer le lieu où le conseil doit être convoqué, il faut s'attacher au domicile *actuel* du mineur, c'est-à-dire au domicile qui lui appartient quand s'accomplit l'événement qui rend la convocation nécessaire. Mais on a fait remarquer que, si l'article 406 était entendu en ce sens, c'est-à-dire si le domicile de la tutelle devait suivre toutes les variations du domicile du tuteur, rien ne serait plus facile à ce dernier que d'isoler le mineur de ses parents et de le priver de leur appui ; il pourrait ainsi se soustraire à leur surveillance, en transportant son domicile dans un lieu où le mineur n'aurait point de parents ou n'aurait que des parents éloignés (1) !

1118. — Quelques personnes ont proposé une distinction. Le domicile primitif de la tutelle est invariable lorsqu'elle est donnée à un tuteur *datif* ou *testamentaire :* il y aurait alors trop de

(1) *Conf.*, MM. Aubry et Rau, t. I, § 92 *bis*, note 1 ; Dem., t. II, n° 158 *bis*, I-II ; Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 531.

dangers à permettre au tuteur de le déplacer en déplaçant son propre domicile. Mais ce danger n'est pas à craindre lorsque la tutelle est *légitime :* l'affection qu'ont les père et mère ou les ascendants pour leur enfant est une garantie que le déplacement du domicile originaire de la tutelle ne sera point contraire aux intérêts de l'enfant (1).

VI. — *De la convocation du conseil.*

Art. 406.

A qui appartient le droit de convoquer le conseil ?

Le juge de paix peut-il le convoquer d'office ?

Dans quel cas le peut-il ?

Quid, s'il ne le convoque pas d'office ?

Quelles personnes ont le droit de faire cette réquisition ?

1119. — *Qui la fait.* — Le droit de convocation appartient au juge de paix et n'appartient qu'à lui.

Il convoque le conseil, tantôt *d'office,* lorsqu'il connaît par lui-même la cause qui nécessite la convocation, tantôt *sur la réquisition* de certaines personnes.

Quelles personnes ont le droit de la requérir. — Il faut à cet égard distinguer la cause qui rend nécessaire la présence du conseil.

S'agit-il de *nommer* un tuteur : la convocation peut être requise : 1° par les parents du mineur, *sans limitation de degrés;* 2° par ses créanciers, ou par toute autre personne intéressée à la conservation de sa fortune; 3° par le subrogé tuteur, lorsqu'il en existe un (art. 424).

Toute personne n'a-t-elle pas le droit d'avertir le juge de paix de la nécessité de convoquer le conseil?

Quelle différence y a-t-il entre le droit de *réquisition* et le droit de *dénonciation ?*

1120. — Enfin toute personne peut *dénoncer* au juge de paix, afin qu'il y pourvoie, le fait qui nécessite la nomination d'un tuteur.

Mais il ne faut pas confondre le droit de *réquisition* avec le droit de *dénonciation.* Le juge de paix est obligé d'accéder à la demande des personnes qui ont qualité pour requérir et qui requièrent la convocation du conseil de famille. S'il résiste, les requérants peuvent attaquer, par la voie de l'appel, l'ordonnance par laquelle il a motivé son refus, et, s'il n'a point rendu d'ordonnance, le prendre à partie (art. 505 et 507, C. pr.). — Il n'est pas obligé, au contraire, d'accéder à la dénonciation.

S'agit-il de faire *destituer* un tuteur : la réquisition ne peut être

(1) MM. Dur., t. III, n° 553 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 406. — Marcadé fait une distinction d'une autre nature :

Le tuteur est-il *datif*, le domicile de la tutelle est invariable. Comment, en effet, le tuteur, qui n'est, en quelque sorte, que le délégué, le commis du conseil qui l'a nommé, pourrait-il s'en rendre indépendant en déplaçant son propre domicile ? Le mandataire ne peut point briser le pouvoir de son mandant !

Est-il *légitime* ou *testamentaire*, le domicile de la tutelle change toutes les fois que le tuteur change le sien. Dans ce cas, en effet, le tuteur existe avant le conseil de famille et indépendamment de lui ; c'est de la loi même, ou de la déclaration du dernier mourant des père et mère, qu'il tient son titre. Au lieu d'être, comme le tuteur datif, attaché au conseil, c'est le conseil qui est attaché à sa personne : c'est donc à son propre domicile, *quel qu'il soit*, que le conseil doit être convoqué.

— M. Laurent nie qu'il y ait un *domicile de la tutelle* ; il soutient que le conseil de famille est toujours formé *au domicile du mineur* (t. IV, nos 447 et suiv.).

faite que par le subrogé tuteur, et par les parents ou alliés du mineur, *au degré* de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 446). Toutefois, s'il n'existe point de subrogé tuteur, le droit de réquisition redevient général : il appartient alors à tout parent et à toute personne intéressée (art. 421).

Enfin, il n'est pas douteux que le tuteur ait le droit de requérir lui-même la convocation du conseil, toutes les fois qu'il est obligé d'obtenir son autorisation, et même dans tous les cas où il croit devoir prendre son avis.

Le tuteur peut-il lui-même requérir la convocation du conseil?

1121. — *Comment elle se fait.* — Régulièrement, la convocation se fait par une *citation.* Toutefois, le recours aux huissiers coûte cher, et c'est le mineur qui paye : aussi l'usage s'est-il introduit de faire la convocation *par lettres* ou *verbalement,* afin d'épargner au mineur les frais de la citation.

Art. 411.

Comment se fait la convocation du conseil?

Ces deux modes de convocation ne doivent pas, au reste, être confondus. Le premier est sanctionné par *une amende* contre la personne qui, bien que régulièrement convoquée, ne comparaît point (art. 413). Le second n'a point de sanction : la personne qui a été convoquée par simple lettre n'encourt aucune peine lorsqu'elle fait défaut.

Quelle différence y a-t-il entre ces deux modes de convocation?

A quel délai le conseil doit être convoqué. — Le délai est réglé par le juge de paix *à jour fixe,* mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, trois jours au moins, quand toutes les parties résident dans la commune ou dans la distance de deux myriamètres. — Si parmi les parties citées il s'en trouve de domiciliées au delà de cette distance, le délai doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres.

A quel délai le conseil doit-il être convoqué?

1122. — *Comment doivent comparaître les personnes qui ont été convoquées.* — Elles sont tenues de se rendre au conseil en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial (voy. la *Form.* 141). Toutefois, le même mandataire ne peut représenter qu'une seule personne : car, s'il pouvait en représenter deux, il pourrait, par la même raison, en représenter trois et même six, en sorte qu'il n'y aurait plus de discussion.

Art. 412 à 414.

Comment doivent comparaître les personnes qui ont été convoquées?

1123. — *Quelle peine encourent les personnes qui, ayant été régulièrement convoquées, ne se présentent point.* — Les parents, alliés ou amis, régulièrement convoqués, qui, sans excuses légitimes, ne comparaissent point, encourent une amende qui ne peut excéder 50 francs. Elle est prononcée, sans appel, par le juge de paix.

Quelle peine encourent-elles, lorsqu'ayant été régulièrement convoquées, elles ne se présentent point?

S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer, en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur l'exige, le juge de paix peut *ajourner* l'assemblée ou la *proroger.*

Quid, si elles justifient d'une excuse ?

Ajourner l'assemblée..., c'est la renvoyer à un autre jour, sans indiquer ce jour. Dans ce cas, le conseil n'est tenu de s'assembler qu'en vertu d'une convocation nouvelle.

Qu'est-ce qu'*ajourner* l'assemblée ? Qu'est-ce que la *proroger?*

Proroger l'assemblée, c'est la remettre à un autre jour, déter-

miné, indiqué. Le conseil est alors tenu de se réunir au jour indiqué, sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle convocation.

VII. — *Dans quel lieu s'assemble le conseil, et comment il délibère.*

Art. 415 et 416.

Où se tient le conseil?

Combien faut-il qu'il y ait de membres présents pour qu'il puisse délibérer ?

1124. — L'assemblée se tient chez le président, c'est-à-dire chez le juge de paix, à moins qu'il n'ait lui-même désigné un autre local.

— La présence des *trois quarts* au moins de ses membres régulièrement *convoqués* est nécessaire pour qu'il délibère.

Des *trois quarts* de ses membres *convoqués*..., c'est-à-dire de l'assemblée, *non compris le juge de paix;* car la loi exige les trois quarts des membres *convoqués,* et le juge de paix qui convoque le conseil n'est point convoqué. Ainsi, dans les cas ordinaires, c'est-à-dire lorsque le conseil est composé de *six* membres convoqués et du juge de paix, il en faut au moins *cinq* pour délibérer avec effet; car *quatre* ne forment pas au moins les trois quarts de *six*. De même, il en faut *six* lorsque, par le concours des frères et beaux-frères germains avec les ascendantes veuves ou les ascendants excusés, le nombre des membres convoqués est de *sept* ou de *huit*.

Le juge de paix n'a-t-il pas voix *prépondérante* en cas de *partage ?*

Mais quand y a-t-il *partage?*

Le partage n'existe-t-il que dans le cas où il s'est formé DEUX *opinions ayant chacune un nombre égal de voix ?*

1125. — Le juge de paix a, dans le conseil, voix *délibérative*, comme les autres membres ; il a, de plus, voix *prépondérante* EN CAS DE PARTAGE.

Mais quand y a-t-il PARTAGE ? Est-ce seulement lorsqu'il s'est formé deux opinions ayant chacune un nombre *égal* de voix? Faut-il dire, au contraire, qu'il y a partage toutes les fois que le conseil se divise en plusieurs opinions avec un nombre égal ou inégal de voix pour chacune d'elles? en d'autres termes, les délibérations se prennent-elles à la *majorité absolue* ou à la *majorité relative?*

Supposons TROIS opinions : la première comprenant trois voix, y compris celle du juge de paix ; la seconde, trois voix également, tandis que la troisième n'en compte qu'une : la voix du juge de paix est-elle prépondérante dans ce cas? La première opinion l'emportera-t-elle sur les deux autres?

1126. — PREMIER SYSTÈME. — Il y a PARTAGE toutes les fois que le conseil s'est divisé en plusieurs opinions, avec un nombre égal ou inégal de voix pour chacune d'elles. Parmi ces opinions, celle-là l'emporte qui a pour elle la *majorité* relative, c'est-à-dire qui, relativement à chacune des autres considérées isolément, se trouve la plus forte. Soit, sur sept membres, y compris le juge de paix, trois opinions, avec *trois voix* pour la première, *deux* pour la seconde, et *deux* autres pour la troisième : c'est la première qui l'emporte ; car, relativement à chacune des deux autres considérées isolément, c'est elle qui est la plus forte. De même, supposons, pour la première opinion, trois voix, parmi lesquelles se trouve celle du juge de paix, trois voix pour la seconde, et une pour la dernière : c'est encore la première qui l'emporte ; car elle est relativement la plus forte, puisqu'elle a pour elle la voix du juge de paix, qui est *prépondérante*. — Ainsi, dans ce système,

la majorité *relative* suffit pour former la délibération. *Deux voix* réunies peuvent donc l'emporter sur *cinq,* sur *six*... voix isolées ! Mais, a-t-on dit, il faut bien qu'il en soit ainsi ; car, la majorité *absolue* étant difficile à obtenir, on se fût exposé, si elle eût été nécessaire, à des retards qui auraient été préjudiciables aux intérêts de l'enfant (1).

1127. — DEUXIÈME SYSTÈME. — Il n'y a PARTAGE que dans le cas où le conseil s'est divisé *en deux* opinions seulement, ayant chacune un nombre égal de voix. Il est vrai que, dans un sens large et selon le langage ordinaire, on dit qu'une assemblée *se partage* lorsqu'elle se divise en *plusieurs* opinions ; mais, selon la loi, le mot *partage,* employé seul, ne s'applique qu'au cas où *deux* opinions seulement et égales en force sont en présence (arg. tiré des art. 117 et 118, C. pr.). Ce que veut la loi, dans l'intérêt même du mineur, c'est qu'une minorité *infime* ne puisse pas, par cela seul qu'elle est majorité *relative,* l'emporter contre un grand nombre le dissidents. Ainsi, pour qu'une opinion fasse loi, il faut qu'elle soit à elle seule plus forte que toutes les autres opinions réunies.

Supposons une première opinion avec *quatre* voix, une seconde opinion avec *deux* voix, une troisième opinion avec *une* voix seulement : c'est la première qui l'emporte, car à elle seule elle est plus forte que les deux autres réunies. Soient maintenant deux opinions à trois voix chacune : celle qui a pour elle le juge de paix l'emporte sur l'autre. Ainsi, lorsqu'on dit qu'*en cas de partage le juge de paix a voix prépondérante,* cela ne signifie point que sa voix *compte pour deux;* il faut entendre notre règle en ce sens que, dans le cas où la balance est *égale* entre *deux* opinions, sa voix pèse d'un plus grand poids et fait pencher la balance du côté où elle se place (2).

1128 — S'il se forme *plus de deux* opinions et qu'aucune d'elles n'ait la majorité absolue, les membres des opinions les plus faibles doivent alors se joindre à l'une des deux opinions qui ont été émises par le plus grand nombre (arg. d'analogie tiré de l'art. 117, C. pr.).

Quid, dans le second système, s'il se forme *plus de deux* opinions, et qu'aucune d'elles n'ait la majorité absolue?

Toutefois, il se peut : 1° que les membres dissidents les plus faibles ne veuillent point adhérer à l'une des deux opinions les plus fortes; 2° que toutes les opinions aient un nombre égal de voix, ou que, l'une d'elles seulement étant plus forte que les autres, celles-ci soient égales entre elles, auquel cas aucune des opinions n'est obligée de se réunir à une autre. Que faire alors ?

(1) Toull., t. II, n° 1121 ; Proud., t. II, p. 323 ; Zach., t. I, p. 96.

(2) MM. Dur., t. III, n° 466 ; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 323 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 528 ; Marc., sur l'art. 416 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Demol., t. I, n° 313 ; Aubry et Rau, t. I, § 94, note 14 ; Dem., t. II, n° 164 *bis*, I-II ; Oudot, *Du droit de famille*, p. 40 et suiv. ; Laurent, t. IV, n°s 461 et 462.

Le mieux est d'en référer au tribunal, qui prend les mesures nécessaires pour arriver à une solution. Ainsi, il peut ordonner la convocation d'un nouveau conseil, dont on écarte les membres qui, par leur obstination, ont entravé la première délibération (1).

VIII. — *Du jour à partir duquel commence la responsabilité du tuteur datif.*

Art. 418.

De quel jour commence la responsabilité du tuteur ?

1129. — Le tuteur est tenu d'agir et d'administrer du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence, c'est-à-dire s'il faisait partie du conseil qui l'a nommé. Dans le cas contraire, sa responsabilité ne commence qu'à partir du jour où sa nomination lui a été notifiée par le membre de l'assemblée qui, à cet effet, a été désigné par elle (art. 882, C. pr.).

IX. — *De l'intransmissibilité de la tutelle.*

Art. 419.

Les héritiers du tuteur sont-ils responsables de ses actes ?

Le remplacent-ils après son décès ?

1130. — Lorsque le tuteur meurt, ses héritiers sont responsables de ses actes, et, par suite, tenus de réparer le dommage qu'il a pu causer en gérant la tutelle.

Quant à ses fonctions de tuteur, elles s'éteignent avec lui, car la tutelle est une charge *personnelle :* ses droits et ses devoirs ne passent donc point à ses héritiers.

Cette règle ne reçoit-elle pas un tempérament ?

La gestion intérimaire que la loi leur impose constitue-t-elle une véritable tutelle ?

Toutefois la cessation instantanée de la gestion pourrait être préjudiciable au mineur : car il se peut qu'il y ait, à l'époque du décès du tuteur, des actes urgents à faire. De là l'obligation imposée aux héritiers du tuteur de continuer sa gestion jusqu'à la nomination d'un tuteur nouveau. Cette gestion, au reste, ne constitue point une *tutelle;* c'est une *simple gestion d'affaires,* qui a son principe dans un motif *d'humanité.* D'où je conclus :

Quelles conséquences faut-il tirer de ce que cette gestion n'est pas une tutelle proprement dite ?

1° Que ceux-là seulement en sont tenus, parmi les héritiers du tuteur, qui, *en fait,* en sont capables. Ainsi, en sont affranchis les héritiers *mineurs :* la loi le dit formellement. J'ajoute, d'après son esprit : les héritiers *interdits* ou *absents*...

2° Qu'à l'inverse, tous ceux qui, *en fait,* en sont capables, en sont tenus, quand même ils seraient, *en droit,* incapables des fonctions de la tutelle. Ainsi, lorsqu'une femme majeure et non mariée, ou mariée, mais dûment autorisée, accepte la succession du tuteur décédé, il ne lui est point permis d'abandonner la gestion, bien qu'*en droit* elle soit incapable d'être *tutrice* (art. 442).

3° Que les héritiers du tuteur ne doivent faire, en attendant la

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 416 ; Demol., t. I, n°s 314 à 317. — Suivant MM. Aubry et Rau (t. I, § 94, p. 385), le juge de paix peut constituer à nouveau le conseil de famille. Voy. aussi M. Laurent, t. IV, n° 462.

nomination du nouveau tuteur, que les actes essentiellement utiles ou nécessaires (arg. tiré de l'art. 2010).

4° Que leurs biens ne sont point, comme ceux *des tuteurs*, grevés d'une hypothèque légale dans l'intérêt du mineur.

SECTION V. — DU SUBROGÉ TUTEUR.

25e *Répétition.*

1131. — I. CE QUE C'EST QUE LE SUBROGÉ TUTEUR; — SES FONCTIONS. — Le subrogé tuteur est une personne placée près du tuteur pour surveiller son administration et pour le remplacer dans les actes où ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur.

Art. 420.

Qu'est-ce qu'un *subrogé tuteur?*

Ainsi, il a deux fonctions principales :

1° *Il surveille l'administration du tuteur*. Afin de faciliter cette surveillance, le conseil de famille peut l'autoriser à se faire remettre par le tuteur (autre que le père ou la mère) des états annuels de sa gestion (art. 470).

Quelles sont ses fonctions?

Si le tuteur gère mal, c'est-à-dire s'il est incapable ou infidèle, le subrogé tuteur provoque sa destitution (art. 444, 446).

S'il meurt, ou s'il disparaît sans qu'on sache de ses nouvelles, le subrogé tuteur le fait remplacer (art. 424).

2° *Il représente le mineur et agit pour lui,* toutes les fois que ses intérêts sont en opposition avec ceux de son tuteur, c'est-à-dire lorsque le mineur et le tuteur se trouvent l'un envers l'autre dans la position de *contractants,* ou de *plaideurs*. Ainsi, lorsqu'il s'agit du partage d'une succession qui leur est échue en commun, d'un bien du mineur que le tuteur désire prendre à bail, ou d'un procès où ils jouent les rôles opposés de demandeur et de défendeur, le mineur est représenté par son subrogé tuteur, qui, relativement à ces actes, tient lieu d'un tuteur *ad hoc* (1).

Mais, hors de ces cas, le subrogé tuteur n'a point qualité pour faire des actes de tutelle; il ne lui est point permis de s'ingérer, de s'immiscer dans l'administration : c'est le tuteur qui seul agit, qui seul a le droit d'agir.

Et ce n'est pas seulement pendant que la tutelle est pourvue d'un tuteur qu'il est défendu au subrogé tuteur de faire, de son propre chef, de l'administration; son incapacité à cet égard subsiste même après que la tutelle est devenue vacante par la mort du tuteur ou qu'elle a été abandonnée. En d'autres termes, il ne succède point au tuteur qui vient à manquer; il ne le remplace point. Il doit seulement, sous peine des dommages et intérêts qui

Art. 424.

Remplace-t-il, au moins provisoirement, le tuteur, lorsque la tutelle devient vacante ?

Que doit-il faire dans ce cas ?

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 117, p. 475. — M. Demolombe enseigne, au contraire, que, lorsqu'il y a contestation entre le mineur et le tuteur, le subrogé tuteur doit faire nommer un tuteur *ad hoc* qui représente le mineur (t. I, n 379). Voy. aussi Val., *Cours de C. civ.*, p. 533.

pourraient en résulter pour le mineur, provoquer, s'il y a lieu, la nomination d'un nouveau tuteur.

En résumé, 1° le subrogé tuteur surveille l'administration du tuteur; 2° il poursuit sa destitution, quand il la juge nécessaire; 3° il demande la nomination d'un nouveau tuteur quand la tutelle est vacante; 4° il représente le mineur lorsque ses intérêts sont opposés à ceux du tuteur.

Dans quelles tutelles y a-t-il lieu à la subrogée tutelle ?

1132. — II. DANS QUELLE TUTELLE IL Y A LIEU A LA SUBROGÉE TUTELLE. — *Toute tutelle* y est soumise, la tutelle légitime des père et mère comme la tutelle testamentaire ou dative, la tutelle officieuse comme la tutelle ordinaire.

Toutefois, les tuteurs *ad hoc* (voy. les art. 159 et 318) n'ont point de subrogé tuteur : car, à proprement parler, ils ne sont point tuteurs. J'en dis autant, et par le même motif, du tuteur nommé pour surveiller l'exécution d'une substitution fidéicommissaire (voy. l'explic. de l'art. 1055).

Art. 421 et 422.

Comment et à quel moment est nommé le subrogé tuteur ?

1133. — III. COMMENT ET A QUEL MOMENT EST NOMMÉ LE SUBROGÉ TUTEUR. — Le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille : il n'y a point de subrogé tuteur *légitime* ou *testamentaire*. Mais je rappelle que, par exception à notre règle, le curateur *ad ventrem* nommé par le conseil de famille devient, de plein droit, le *subrogé tuteur* de la mère, lorsqu'elle accouche d'un enfant vivant et viable (voy. le n° 1094).

En cas de tutelle *dative*, le subrogé tuteur ne peut être nommé qu'*après* que le tuteur a été désigné. La loi veut que la nomination du tuteur *précède*, afin que le subrogé tuteur ne tienne pas, en partie du moins, ses pouvoirs de celui des membres du conseil qui, après avoir voté pour lui, serait appelé à la tutelle. Du reste, la nomination du subrogé tuteur doit avoir lieu *immédiatement* après celle du tuteur, afin d'éviter les frais d'une seconde convocation du conseil.

Quid, si le tuteur légitime ou testamentaire entre en gestion avant d'avoir provoqué la nomination d'un subrogé tuteur?

En cas de tutelle *légitime* ou *testamentaire*, le tuteur doit, *avant d'entrer en fonctions*, faire convoquer le conseil de famille à l'effet de nommer le subrogé tuteur. — S'il s'ingère dans l'administration avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, des créanciers ou de toute autre partie intéressée, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

Art. 426.

Les fonctions de subrogé tuteur peuvent-elles être refusées?
Quelles excuses, quelles causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution, sont admises en matière de subrogée tutelle ?

1134. — IV. RÈGLES DE LA TUTELLE APPLICABLES AU SUBROGÉ TUTEUR. — Comme la tutelle, la fonction de subrogé tuteur est une charge qu'on ne peut refuser qu'autant qu'on se trouve dans un cas d'excuse légitime. — Les causes d'excuse applicables au tuteur le sont également au subrogé tuteur (art. 427 à 436).

La loi lui fait également l'application des causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution admises en matière de tutelle.

Art. 423.

Le tuteur peut-il

1135. — V. DES CONSÉQUENCES QU'ENTRAINE LE PRINCIPE QUE LE SUBROGÉ TUTEUR EST LE SURVEILLANT ET LE CENSEUR DU TUTEUR. — Le

subrogé tuteur, par la nature même de ses fonctions, doit être complètement indépendant du tuteur, qu'il a mission de surveiller. De là il résulte :

concourir à la nomination et à la destitution du subrogé tuteur ?

Pourquoi ne le peut-il pas ?

1° Que le tuteur ne peut point, en qualité de membre du conseil de famille, participer à la nomination du subrogé tuteur. Celui-ci n'aurait plus, en effet, toute sa liberté d'action s'il était lié envers le tuteur par cette marque de confiance;

2° Qu'il ne peut non plus provoquer sa destitution, ni voter dans les conseils de famille convoqués à cet effet;

Parmi quelles personnes doit être choisi le subrogé tuteur ?

Pourquoi, lorsque le tuteur est un parent du mineur, le subrogé tuteur ne peut-il pas l'être parmi les parents de la ligne à laquelle appartient le tuteur?

3° « Que le subrogé tuteur doit être pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. » Lorsque la tutelle est déférée à un étranger, le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur qui bon lui semble; que si, au contraire, elle réside dans la personne d'un *parent* du mineur, la loi apporte alors une restriction au pouvoir du conseil de famille : le subrogé tuteur, dit-elle, sera, dans ce cas, pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas.

Comment cette règle doit-elle être entendue ?

Cette règle, au reste, n'a pas le sens qu'elle semble avoir. Prise à la lettre, elle signifierait que, dans le cas où le tuteur est parent du mineur, le subrogé tuteur *doit* nécessairement être pris dans la ligne dont le tuteur ne fait point partie, et qu'ainsi le conseil de famille ne peut point nommer un étranger ; or, ce n'est pas là la pensée de la loi. Elle a voulu simplement dire que le conseil de famille ne doit pas prendre le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne dans laquelle se trouve le tuteur, — en d'autres termes, qu'il ne faut pas que le tuteur et le subrogé tuteur soient l'un et l'autre dans la même ligne ; mais évidemment elle n'a pas entendu enlever au conseil la faculté de nommer, lorsqu'il le juge utile, un étranger de préférence à un parent du mineur.

Ainsi, lorsque le mineur a pour tuteur un parent *paternel*, la loi défend de désigner, pour subrogé tuteur, un autre de ses parents *paternels ;* mais on peut le prendre soit parmi ses parents *maternels*, soit parmi les étrangers (1).

Notre règle ne souffre-t-elle point une exception ?

Lorsque le tuteur est un frère *germain*, peut-on prendre le subrogé tuteur parmi les parents quels qu'ils soient, frères ou autres, du mineur ?

Ne peut-on, au contraire, le prendre que parmi les autres *frères germains* du mineur ?

1136. — Notre règle ne s'applique pas aux *frères germains*.

Quel est le sens de cette exception?

Faut-il l'entendre en ce sens restreint et limité, savoir, que, dans le cas où le tuteur est un frère germain du mineur, on peut prendre pour subrogé tuteur un autre *frère germain?* Dans ce système, il faudrait nécessairement supposer, pour l'application de notre exception, que le mineur a au moins *deux* frères germains.

Faut-il, au contraire, l'entendre en ce sens beaucoup plus large, savoir, que, dans le cas où la tutelle appartient à un frère germain

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 300; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 534; Marc., sur l'art. 423; Duc., Bonn. et Roust., sur le même articl Demol., t. I, n° 363; Dem., t. II, n° 173 *bis*, III; Laurent, t. IV, n° 424.

du mineur, on peut prendre le subrogé tuteur parmi les parents, quels qu'ils soient, frères ou autres, du mineur? Dans ce système, notre exception peut recevoir son application, alors même que le mineur n'a d'autre frère germain que celui sous la tutelle duquel il est placé.

Pour le premier système, on fait remarquer qu'il n'y a aucun danger à conférer à deux frères germains du mineur les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur : car alors le subrogé tuteur est uni au mineur par un lien trop intime pour sacrifier ses intérêts au profit du tuteur; qu'au contraire, cette garantie n'existerait pas si la fonction de surveillant était confiée à un parent d'un degré plus éloigné (1).

Dans le système contraire, on répond, avec raison, qu'entendue en ce sens restreint notre exception pourrait être très préjudiciable au mineur : car, lorsqu'il n'existerait point d'autre frère germain que celui qui est tuteur, le conseil de famille se trouverait obligé de choisir le subrogé tuteur parmi les étrangers (2).

Art. 425.

Quand cessent les fonctions du subrogé tuteur?
Cessent-elles lorsque celles du tuteur viennent à cesser et qu'un nouveau tuteur est appelé à le remplacer?
Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1137. — VI. QUAND CESSENT LES FONCTIONS DU SUBROGÉ TUTEUR. — Elles cessent évidemment avec la tutelle, c'est-à-dire par la mort, la majorité ou l'émancipation du mineur. Que si les fonctions du tuteur cessent par une cause quelconque pendant la tutelle, le subrogé tuteur conserve les siennes. Toutefois, remarquons :

D'une part, que le conseil de famille *pourra* toujours, soit à raison du caractère et de la position du nouveau tuteur, soit à cause des rapports d'amitié existant entre le nouveau tuteur et le subrogé tuteur en exercice, remplacer ce dernier par un nouveau subrogé tuteur plus convenable;

D'autre part, qu'il *devra* même nécessairement le changer si le nouveau tuteur est pris dans celle des deux lignes du mineur à laquelle appartient déjà le subrogé tuteur en exercice : car la loi ne permet point que le tuteur et son surveillant soient l'un et l'autre parents du mineur dans la même ligne.

SECTION VI. — DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE.

§ I. — *Énumération des causes qui dispensent de la tutelle.*

1138. — Toute personne est tenue d'accepter et de gérer la tutelle qui lui est déférée, si elle n'a pas une cause d'excuse pour se dispenser de l'accepter ou pour s'en faire décharger.

(1) Dur., t. III, n° 518; Marc., sur l'art. 423.
(2) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 423; Demol., t. I, n° 369; Dem., t. II, n° 173 *bis*, IV; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 535; Laurent, t. IV, n° 425.

Les causes d'excuse sont au nombre de sept, savoir :

1° Certaines fonctions ou services publics; Art. 427 et suiv.

2° La non-parenté, lorsqu'il existe, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle; Combien la loi reconnaît-elle d'excuses pour la tutelle ?

3° L'âge;

4° Les infirmités;

5° Le nombre de tutelles ;

6° Le nombre d'enfants;

7° Le sexe.

La première de ces excuses (l'exercice d'une fonction publique) est fondée sur l'intérêt général. La loi n'a pas voulu que l'intérêt particulier des mineurs pût entraver le service de l'État. Toutefois elle s'en rapporte aux fonctionnaires eux-mêmes du soin de décider s'ils peuvent, sans préjudice pour l'État, suffire au double devoir de fonctionnaire public et de tuteur. Ainsi, elle les laisse maîtres d'invoquer l'excuse qu'elle met à leur disposition ou d'y renoncer. — Toutes les autres causes d'excuse ont pour fondement l'intérêt du tuteur.

1139. — Quelle que soit la nature de l'excuse, il est toujours permis d'y renoncer. Art. 430.

La renonciation n'est soumise à aucune condition de forme : elle peut donc être expresse ou tacite. Ainsi, le tuteur qui a accepté la tutelle ne peut point s'en faire décharger en invoquant des excuses dont la cause existait déjà quand il a consenti à se charger de la tutelle : car, par son acceptation, il a tacitement renoncé au bénéfice des excuses qu'il aurait pu faire valoir et qu'il n'a pas invoquées.

Le tuteur qui a pour lui une cause d'excuse peut-il y renoncer ? Comment peut se faire cette renonciation ?

1140. — Les excuses sont de plusieurs sortes.

Les excuses ne sont-elles pas de plusieurs sortes ? Comment les divise-t-on ?

Les unes produisent leur effet, *quelle que soit leur date*. Existent-elles déjà quand la tutelle est ouverte : le tuteur auquel elle est déférée peut les invoquer pour se dispenser de l'*accepter*. Surviennent-elles après qu'il l'a acceptée : il peut les proposer pour *s'en faire décharger*. *Excusant à suscipiendâ et à susceptâ tutelâ*. — D'autres, au contraire, ne sont efficaces qu'autant qu'elles sont *antérieures à la tutelle*. Elles dispensent d'accepter la tutelle, *à suscipiendâ tutelâ;* mais elles ne suffisent point pour se faire décharger d'une tutelle acceptée, *à susceptâ tutelâ*. Ainsi, la loi est moins favorable à la décharge d'une tutelle en exercice qu'à la non-acceptation de la tutelle. C'est que la décharge d'une tutelle acceptée a un inconvénient qu'il importe d'éviter le plus possible, *le changement du tuteur :* car, outre que ce changement fait obstacle à la bonne administration des biens, il occasionne des frais qui restent à la charge du mineur.

— A un autre point de vue, certaines excuses sont *perpétuelles* et d'autres *temporaires*.

1141. — I. Des fonctions ou services publics. — Sont dispensés de la tutelle : Art. 427 et 428.

1° Les personnes désignées dans les Titres 3 à 11 de l'acte du

Quels sont les fonctionnaires publics qui

sont dispensés de la tutelle ?

18 mai 1804, c'est-à-dire les membres de la famille impériale, les grands dignitaires, les grands officiers de l'Empire, les sénateurs, les conseillers d'État, et enfin les membres du Corps législatif; 2° les présidents et les conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même Cour; 3° les magistrats de la Cour des comptes (art. 7 de la loi du 16 septembre 1807) ; 4° les préfets ; 5° tous les autres fonctionnaires publics et les ecclésiastiques obligés à la résidence (voy. l'avis du Conseil d'État, 4-20 nov. 1806), lorsqu'ils exercent leurs fonctions ou leur ministère dans un département autre que celui où la tutelle s'établit; 6° les militaires en *activité de service;* 7° les personnes qui remplissent, hors du territoire de la France, une mission du gouvernement.

Art. 429 à 431.

Comment le fonctionnaire dont la fonction est secrète en établit-il l'existence ?

1142. — C'est à la personne qui invoque une excuse à en justifier. Elle doit donc, lorsque la mission qu'elle remplit n'est pas authentique et qu'elle est contestée, en faire la preuve par la représentation d'un certificat du ministre dans le département duquel se place la mission invoquée comme excuse.

Les fonctions publiques excusent-elles *à suscipiendâ* et *à susceptâ tutelâ*, ou seulement *à suscipiendâ ?*
Quand doivent-elles être proposées comme excuse ?

1143. — Les fonctions ou services publics excusent *à suscipiendâ* et *à susceptâ tutelâ.*

Ainsi, le tuteur était-il déjà fonctionnaire public quand la tutelle lui a été déférée : il peut refuser de la prendre. Mais, bien entendu, il doit, sous peine de déchéance, invoquer son excuse avant de s'immiscer dans la gestion des biens (voy. le n° 1139), et dans un bref délai : autrement, il serait réputé avoir renoncé au bénéfice de son excuse (voy. les art. 438 et 439).

Est-ce depuis la tutelle acceptée qu'il a été investi des fonctions ou services publics qui lui servent d'excuse : il peut se faire décharger de la tutelle, pourvu qu'il le demande *dans le mois;* passé ce délai, il est non recevable.

Quid, si elles cessent pendant le cours de la tutelle ?

1144. — Les fonctions ou services publics appartiennent à la classe des excuses *temporaires*. Ainsi, lorsque le fonctionnaire public cesse de l'être, alors que dure encore la tutelle qu'il a refusé de prendre ou dont il s'est fait décharger, le conseil de famille PEUT la lui rendre s'il la demande, ou même, quoiqu'il ne la demande pas, si le nouveau tuteur qui a été nommé à sa place demande sa décharge. Le conseil de famille, du reste, est investi à cet égard d'un pouvoir tout discrétionnaire et souverain : la loi s'en rapporte à sa sagesse. C'est à lui de voir, d'après les circonstances, s'il convient mieux de laisser la tutelle au tuteur en exercice, ou de la rendre à l'ancien (arg. tiré du mot PEUT dont se sert la loi).

Art. 432.

Dans quel cas la *non-parenté* est-elle une cause d'excuse?

1145. — II. DE LA NON-PARENTÉ LORSQU'IL EXISTE, DANS UN CERTAIN RAYON, DES PARENTS OU ALLIÉS EN ÉTAT DE GÉRER LA TUTELLE. — La tutelle est principalement une charge de famille : c'est donc avant tout sur la famille qu'elle doit peser. De là l'excuse suivante : toute personne non parente ni alliée du mineur peut refuser d'accepter la tutelle, lorsqu'il existe dans un rayon de

quatre myriamètres des parents ou alliés capables d'être tuteurs.

1146. — III. De l'age. — L'âge de soixante-cinq ans accomplis excuse *à suscipiendâ tutelâ;* mais il ne suffit pas pour se faire décharger d'une tutelle acceptée, *à susceptâ tutelâ*. Ainsi, le tuteur a-t-il déjà soixante-cinq ans accomplis au moment où la tutelle lui est déférée : il peut refuser de la prendre. Est-il, au contraire, au-dessous de cet âge : il est tenu de prendre la tutelle, et il ne lui sera point permis de s'en faire décharger lorsque, pendant le cours de la tutelle, il aura soixante-cinq ans; il ne le pourra que lorsqu'il aura soixante-dix ans accomplis. L'âge de soixante-dix ans excuse donc tout à la fois *à susceptâ* et *à suscipiendâ tutelâ*.

Art. 433.

A quel âge peut-on se faire excuser de la tutelle ?

L'âge excuse-t-il *à suscipiendâ* et *à susceptâ tutelâ*, ou seulement *à suscipiendâ ?*

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1147. — IV. Des infirmités. — Cette excuse dispense *à suscipiendâ* et *à susceptâ tutelâ*. Ainsi :

Art. 434.

1° Toute personne atteinte d'une infirmité grave et dûment justifiée (voy. la *Form.* 142) peut refuser de prendre la tutelle ; mais, si elle l'accepte sans proposer son exception, elle est réputée y avoir renoncé. Il ne lui serait donc point permis de l'invoquer pour se faire décharger de la tutelle acceptée. Toutefois, si son infirmité a reçu, depuis la tutelle, une aggravation assez notable, cette aggravation peut être considérée comme une infirmité postérieure à la tutelle, et, par suite, l'excuser *à susceptâ tutelâ*.

Les infirmités excusent-elles *à suscipiendâ* et *à susceptâ tutelâ ?*

Si le tuteur qui est infirme accepte la tutelle, peut-il ensuite s'en faire décharger ?

2° Tout tuteur qui, postérieurement à l'acceptation de la tutelle, est atteint d'une infirmité assez grave pour rendre la gestion de la tutelle trop lourde ou trop onéreuse, peut s'en faire décharger.

1148. — V. Du nombre des tutelles. — *Deux* tutelles sont, pour toute personne, même pour les célibataires, une excuse suffisante pour ne pas accepter une *troisième* tutelle. Deux tutelles sont déjà très onéreuses ; une troisième pourrait excéder les forces du tuteur, et compromettre ses propres intérêts en même temps que ceux du mineur qui lui seraient confiés.

Art. 435.

Peut-on être contraint d'accepter plusieurs tutelles ?

Pourquoi deux tutelles dispensent-elles d'en accepter une troisième ?

Deux *tutelles*..., c'est-à-dire deux patrimoines distincts à gérer en qualité de tuteur. On ne regarde pas, en effet, comme constituant plusieurs tutelles, la tutelle de plusieurs mineurs, lorsque les biens qui leur appartiennent, étant encore indivis, se trouvent régis par une seule administration : *Non numerus pupillorum plures tutelas facit, sed patrimoniorum separatio*.

La tutelle de *plusieurs* mineurs qui ont un patrimoine commun et indivis constitue-t-elle *plusieurs tutelles ?*

Les tuteurs mariés, ou qui étant veufs ont des enfants, ne sont point tenus d'accepter une *seconde* tutelle, si ce n'est celle de leurs enfants ; la qualité d'époux ou de père équivaut sous ce rapport à une tutelle.

Le tuteur qui a des enfants est-il obligé d'accepter une seconde tutelle ?

1149. — VI. Du nombre d'enfants. — Ceux qui ont cinq *enfants légitimes,* actuellement vivants, sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants.

Art. 436 et 437.

Enfants légitimes... Ainsi, les enfants *naturels,* quoique reconnus, et les enfants *adoptifs,* ne comptent point. Il faudrait, au con-

Combien faut-il avoir d'enfants pour être dispensé d'accepter une seule tutelle ?

Les enfants adoptifs

et les enfants naturels comptent-ils ? *Quid*, des enfants légitimés ?

traire, compter les enfants *légitimés*, car la loi elle-même les assimile aux enfants légitimes (voy. le n° 943).

Actuellement vivants... Ainsi, on ne met pas au nombre des enfants, pour servir d'excuse :

Quid, des enfants qui ne sont que conçus ?

1° Ceux qui ne sont pas encore nés, quoiqu'ils soient conçus. La règle *infans conceptus pro nato habetur* ne s'applique qu'aux cas où il s'agit directement de l'intérêt de l'enfant : *quoties de commodis ejus agitur*.

Quid, des enfants décédés ? Ne comptent-ils point quelquefois ?

2° Les enfants *décédés*. Toutefois, et par exception, la loi veut qu'on tienne compte :

a. Des enfants décédés en activité de service dans les armées de la France. Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer par quel genre de mort ils ont cessé de vivre : qu'ils soient morts en combattant, ou autrement, peu importe ! il suffit que la mort les ait frappés alors qu'ils étaient au service de la France.

b. Des enfants décédés qui ont laissé des enfants légitimes actuellement vivants. Les petits-enfants, en quelque nombre qu'ils soient, ne comptent que pour l'enfant dont ils sont issus.

Quid, si le nombre de cinq enfants ne s'est complété que depuis la délation de la tutelle ?

— Lorsque le nombre de cinq enfants ne s'est complété que depuis la délation de la tutelle, il n'y a plus lieu à notre excuse : le nombre d'enfants excuse *à suscipiendâ tutelâ, sed non à susceptâ*.

Le sexe, dans le cas où il n'est point une cause d'incapacité, n'est-il pas une cause d'excuse ?

1150. — VII. Du sexe. — La mère survivante n'est point tenue d'accepter la tutelle de ses enfants (voy. le n° 1085).

— L'ascendante nommée tutrice par le conseil de famille peut, par *a fortiori*, invoquer la même exception : car, 1° elle est moins jeune que la mère, et, par suite, moins en état de gérer la tutelle ; 2° son devoir est évidemment moins étroit que celui de la mère (1).

Le conseil de famille *peut*-il admettre d'autres excuses que celles qui sont écrites dans la loi ? Le *doit*-il ?

1151. — Telles sont les sept causes d'excuse que nous trouvons énumérées dans le Code. Le conseil de famille *peut*, lorsqu'il le juge utile aux intérêts de l'enfant, ou que l'humanité le lui conseille, en admettre d'autres ; mais *il n'y est pas obligé*. — La décision par laquelle il rejette une cause d'excuse qui n'est point écrite dans la loi ne pourrait pas être réformée par le tribunal de première instance : car, en dehors des excuses *légales*, il n'y a plus que le devoir imposé par la loi à toute personne d'accepter la tutelle qui lui est déférée (2).

§ II. — *A qui et dans quel délai le tuteur doit proposer ses excuses.*

Art. 438 à 441.

A qui les excuses doivent-elles être proposées ?

1152. — I. A qui. — Les excuses doivent toujours être proposées au conseil de famille (voy. la *Form.* 143). S'il les rejette, le tuteur peut s'adresser au tribunal de première instance pour les

(1) M. Demol., t. I, n° 443. — *Contra*, MM. Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 602.

(2) Marc., sur l'art. 341 ; M Demol., t. I, n° 447.

faire admettre. Ce recours lui est ouvert alors même que la décision du conseil a été prise à l'unanimité. L'article 440 du C. civ. déroge sur ce point à la règle de l'article 883 du C. pr., qui ne permet d'attaquer les délibérations du conseil que dans le cas où elles n'ont pas été unanimes. — Réciproquement, si la majorité du conseil admet l'excuse, les membres dissidents peuvent se pourvoir devant le tribunal pour la faire rejeter (art. 883. C. pr.) (voy. les *Form.* 144 et 145). — Dans l'un et l'autre cas, le tuteur doit, provisoirement et jusqu'à la fin du litige, faire les actes nécessaires et urgents d'administration.

Que peut faire le tuteur, si le conseil les rejette ? S'il les admet, que peuvent faire les membres qui ont été d'avis de les rejeter ?

Provisoirement, que doit faire le tuteur ?

— Si le tuteur qui s'est pourvu devant la justice succombe, le tribunal *doit* le condamner à payer tous les frais du procès (art. 130, C. pr.).

Qui supporte les frais qu'occasionne le procès engagé sur les excuses ?

S'il triomphe, le tribunal PEUT condamner aux dépens les membres du conseil qui ont rejeté l'excuse. Le tribunal jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Lorsque les membres du conseil ont rejeté l'excuse, soit dans un intérêt personnel et pour faire tomber sur un autre le fardeau de la tutelle, soit par suite d'un entêtement ridicule, le tribunal met à leur charge les frais du procès qu'ils ont eu le tort de faire naître ; lors, au contraire, qu'ils ont agi avec bonne foi et dans l'intérêt du mineur, le tribunal les exonère des dépens, qui alors sont supportés par le mineur dans l'intérêt duquel ils ont été faits.

1153. — II. DANS QUEL DÉLAI. — S'agit-il d'un tuteur datif : la loi distingue. S'il est présent à la délibération qui lui confère la tutelle, il doit, sous peine de déchéance, proposer *immédiatement* son excuse. S'il n'y a pas assisté, il est tenu, sous peine de la même déchéance, de convoquer le conseil de famille et de lui demander sa décharge dans le délai de *trois jours,* à partir de la notification qui lui a été faite de sa nomination ; ce délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle.

Dans quel délai les excuses doivent-elles être proposées ?

S'agit-il d'un tuteur légitime ou testamentaire : il est traité comme le tuteur datif qui a été nommé sans être présent. Ainsi, l'excuse du tuteur légitime ou testamentaire doit être proposée dans les *trois jours,* à partir de celui où il a eu connaissance de l'événement qui lui a conféré la tutelle. Passé ce délai, il n'est plus recevable.

Quant aux causes d'excuse qui *surviennent* pendant le cours de la tutelle acceptée, le délai pour les proposer est toujours *d'un mois,* quelle que soit la qualité du tuteur.

SECTION VII. — DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE.

§ I. — *Des causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution.*

1154. — Les *excuses* et les *incapacités* ne doivent pas être con-

Quelle différence y

a-t-il, en matière de tutelle, entre une *excuse* et une *incapacité*? Quelle différence y a-t-il entre l'*incapacité*, l'*exclusion* et la *destitution*?

fondues. L'*incapacité* écarte de la tutelle ceux mêmes qui voudraient l'accepter. L'*excuse* en dispense ceux qui pourraient être tuteurs s'ils y consentaient.

L'*incapacité*, l'*exclusion* et la *destitution* ont des effets à peu de chose près identiques : car l'*incapacité*, de même que l'*exclusion* ou la *destitution*, écarte de la tutelle celui-là même qui consent à l'accepter ou à la conserver. Ainsi, *effectu inspecto*, on peut dire que l'*incapacité* est une cause d'*exclusion* ou de *destitution*, et, réciproquement, que les causes d'*exclusion* et de *destitution* sont aussi des causes d'*incapacité*. Il n'y a de différence entre elles que dans la nature des motifs qui leur servent de fondement. Je m'explique.

Les causes d'*incapacité*, si nous prenons ce mot *lato sensu*, sont de deux sortes :

Les unes reposent sur des motifs qui n'ont rien d'humiliant pour l'incapable : elles n'affectent ni son honneur, ni sa probité. Sont dans cette classe : 1° la minorité; 2° l'interdiction; 3° le sexe; 4° l'opposition d'intérêts. — Ces incapacités conservent le nom générique d'*incapacités*.

Les autres, au contraire, ont leur source dans une faute qui, par sa nature, entache l'honneur, la probité, ou au moins la dignité de la personne qui l'a commise. Sont dans cette catégorie : 1° la condamnation à une peine afflictive ou infamante; 2° l'inconduite notoire; 3° l'incapacité (1); 4° l'infidélité. — Les incapacités de cette classe prennent le nom de causes d'*exclusion* ou de *destitution*.

Dans quels cas *écarte*-t-on un tuteur? Dans quels cas le *révoque*-t-on?

Les incapacités de la première classe, lorsqu'elles existent *avant* l'ouverture de la tutelle, empêchent la *nomination* de l'incapable, ou le font *écarter* quand il se présente en qualité de tuteur légitime ou testamentaire. Lorsqu'elles surviennent pendant le cours de la tutelle, elles amènent la *révocation* du tuteur en exercice.

Dans quels cas l'*exclut*-on? Dans quel cas le *destitue*-t-on?

Les incapacités de la deuxième classe, lorsqu'elles existent à l'ouverture de la tutelle, et qu'elles sont connues, empêchent la *nomination* de l'incapable, ou le font *exclure* s'il se présente en qualité de tuteur légitime ou testamentaire; lorsqu'elles surviennent depuis la délation de la tutelle, elles le font *destituer*.

I. Des incapacités proprement dites. — Sont incapables d'être tuteurs :

Art. 442.

1155. — 1° *Les mineurs, excepté le père ou la mère.*

Quelles personnes sont *incapables* d'être tuteurs? Tout mineur est-il incapable?

« Excepté le père ou la mère » (voy. le n° 1072, 1°)..... Cette exception est-elle applicable aux père et mère *naturels*? Pourquoi non? Si les père et mère légitimes sont, quoique mineurs, appelés à gérer la tutelle de leur enfant, n'est-ce pas parce qu'aux yeux de la loi l'affection qu'ils portent à leur enfant supplée à

(1) Dans le sens vulgaire et non juridique du mot.

l'expérience qui leur manque? Or, cette affection existe chez le père naturel de même que chez le père légitime! D'ailleurs, la loi ne distingue pas.

Mais, bien entendu, les père et mère naturels qui ne sont pas *émancipés*, et qui, par conséquent, sont eux-mêmes en tutelle, ne peuvent pas avoir la tutelle de leurs enfants. — Cette observation ne saurait s'appliquer aux père et mère légitimes, car leur mariage les a émancipés de plein droit (art. 476).

— Il est évident, au reste, que le mineur qui a la tutelle de ses enfants ne peut point faire pour eux les actes qu'il serait incapable de faire pour lui-même. Il doit donc se faire assister, lorsqu'il s'agit de passer, pour ses enfants, un acte qu'il ne pourrait pas faire seul si cet acte l'intéressait personnellement. Mais par qui devra-t-il se faire assister? Par le subrogé tuteur. C'est du moins l'opinion générale (*contra*, Dem., t. II, n° 190 *bis*, II).

Le mineur tuteur de ses enfants peut-il faire pour eux les actes qu'il serait incapable de faire pour lui-même?

Comment donc doit-il procéder quant à ces actes?

De même, s'il s'agit d'un acte pour lequel l'autorisation du conseil de famille est exigée, elle devra être donnée, non pas par le conseil du père ou de la mère, mais par celui de l'enfant (1);

2° *Les interdits.* — Cette incapacité ne s'applique point aux *demi-interdits*, c'est-à-dire à ceux qui, vu leur prodigalité ou leur faiblesse d'esprit, ont reçu un conseil judiciaire. Les incapacités sont, en effet, de droit étroit : elles ne s'étendent pas, par analogie, d'un cas à un autre. Mais, bien entendu, si, en fait, il y a lieu de craindre que le *demi-interdit* ne compromette le patrimoine du mineur, le conseil de famille pourra l'écarter pour cause d'*incapacité*, conformément à l'article 444;

Les personnes qui ont un conseil judiciaire sont-elles incapables de la tutelle?

3° *Les femmes, mariées ou non*, sauf : 1° la mère, qui est de plein droit, quand elle est veuve, la tutrice de ses enfants; 2° les ascendantes, qui peuvent être appelées à la tutelle testamentaire ou dative de leurs petits-enfants. Ajoutez la femme qui peut être nommée tutrice de son mari interdit (art. 507);

Les femmes peuvent-elles être tutrices?

4° *Ceux qui ont, ou* DONT LES PÈRE ET MÈRE *ont, avec le mineur, un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens, sont compromis.* — Cette disposition est-elle applicable au cas où le procès existe :

Entre le mineur et une personne autre que le père ou la mère du tuteur, mais dont celui-ci est l'héritier présomptif?

Entre le mineur et les *enfants* ou le *conjoint* du tuteur?

L'affirmative, soutenue par M. Duranton, a rencontré beaucoup de contradicteurs. On a répondu avec raison, je crois, que les incapacités, étant de droit étroit, ne peuvent pas être étendues, par analogie, d'un cas défini par la loi à un autre cas qu'elle ne prévoit pas.

Le conflit d'intérêts ne peut-il pas, dans certains cas, être une cause d'incapacité?

Quels sont ces cas?

Quid, s'il existe un procès entre le mineur et une personne autre que le *père* ou la *mère* du tuteur, mais dont celui-ci est l'héritier présomptif?

Quid, si le procès existe entre le mineur et les *enfants* ou le *conjoint* du tuteur?

Art. 443 et 444.

1156. — II. DES CAUSES D'EXCLUSION OU DE DESTITUTION. — Doivent être exclus ou destitués :

Quelles personnes

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 343; Dur., t. III, p. 502; Duv., *sur Toull.*, t. I, n° 1161; Demol., t. I, n° 465.

doivent être exclues ou destituées de la tutelle ?

1° *Ceux qui ont encouru une condamnation à une peine afflictive ou infamante* (voy. les art. 7 et 8, C. pén.). — Dans ce cas, l'exclusion ou la destitution a lieu de plein droit. Si alors on convoque le conseil de famille, c'est uniquement pour qu'il pourvoie à la nomination d'un autre tuteur.

L'incapacité subsiste même après la peine subie, et tant que le condamné n'a pas été réhabilité. Toutefois, le condamné qui a subi sa peine peut, sur l'avis de la famille, être chargé de la tutelle de *ses enfants* (art. 34, C. pén.);

2° *Ceux qui sont d'une inconduite notoire,* c'est-à-dire qui se déshonorent par la dépravation de leurs mœurs, ou qui dissipent follement leur patrimoine ;

3° *Ceux dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité.* — Peu importe que la gestion qui a révélé l'incapacité du tuteur ou son infidélité soit la gestion du patrimoine du mineur de la tutelle duquel le tuteur est actuellement investi ou la gestion antérieure de tout autre patrimoine, et, par exemple, du sien propre ou de celui d'un autre mineur : la loi ne distingue pas.

— Ajoutons, d'après le Code pénal :

4° *Ceux auxquels un jugement de police correctionnelle a expressément interdit l'exercice du droit de tutelle* (art. 42, 43, 335 et 401 C. pén.).

Art. 445.

La personne *incapable* d'être tutrice peut-elle faire partie d'un conseil de famille ?

Les causes d'*exclusion* ou de *destitution* rendent-elles la personne qu'elles atteignent incapable de faire partie du conseil ?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Pourquoi les causes d'exclusion ou de destitution, qui ne produisent pas leur effet de plein droit, ne deviennent-elles une cause d'incapacité de faire partie du conseil qu'autant qu'elles ont déjà été appliquées comme causes d'exclusion ou de destitution ?

1157. — Les causes qui rendent une personne *incapable* d'être appelée à la tutelle la rendent également inhabile à faire partie d'un conseil de famille.

Quant aux causes d'*exclusion* ou de *destitution,* la loi distingue :

Celles qui entraînent de plein droit l'exclusion ou la destitution, c'est-à-dire les condamnations à une peine afflictive ou infamante, rendent également, par elles-mêmes, et de plein droit, la personne qu'elles atteignent incapable d'être appelée comme membre d'un conseil de famille, ou d'y rester si déjà elle en fait partie.

Les autres causes d'exclusion, c'est-à-dire l'inconduite notoire, l'incapacité, l'infidélité, n'ont point par elles-mêmes cet effet. La présence au conseil d'un homme peu moral, ou complètement inhabile aux affaires, ne constitue pas un danger assez direct, pour justifier les récriminations et le scandale qu'entraînerait dans la famille l'enquête qu'il faudrait faire sur la vie privée du membre qu'on voudrait exclure : le remède serait pire que le mal ! Mais, lorsqu'on a été obligé de recourir à cette enquête pour exclure ou destituer un tuteur, le tuteur exclu ou destitué ne peut plus alors faire partie d'aucun conseil de famille. Ainsi, les causes d'exclusion ou de destitution qui ne produisent pas leur effet de plein droit ne suffisent point par elles-mêmes pour faire écarter d'un conseil de famille ; elles n'ont ce résultat qu'autant qu'elles ont été déjà appliquées comme causes d'exclusion ou de destitution d'une tutelle.

§ II. — *Du mode d'exclusion et de destitution du tuteur.*

1158. — Les exclusions ou destitutions sont prononcées par le conseil de famille (voy. la *Form.* 145 *bis*). Le subrogé tuteur, quand il y en a un, est tenu de le faire convoquer à cet effet. Art. 446 à 449.

Les parents ou alliés du mineur, jusqu'au degré de cousins germains, peuvent également requérir, dans le même but, la convocation du conseil. Il doit être fait droit à leur réquisition par le juge de paix, qui, d'ailleurs, peut toujours faire d'office la convocation.

Par qui sont prononcées les exclusions ou destitutions des tuteurs ?

Le tuteur doit-il être appelé au conseil ?

La décision du conseil doit-elle être motivée?

Qu'arrive-t-il lorsque le tuteur est exclu ou destitué ?

1159. — La délibération ne peut être prise qu'après qu'on a entendu ou appelé le tuteur.

Elle doit être motivée, alors même qu'elle est unanime. Si elle n'est point unanime, l'avis de chacun des membres de l'assemblée doit être mentionné au procès-verbal (art. 883, C. pr.).

Si le tuteur exclu ou destitué adhère à la délibération, il en est fait mention au procès-verbal, et le nouveau tuteur qui est nommé à sa place entre aussitôt en fonctions.

Dans le cas contraire, le subrogé tuteur poursuit l'homologation de la délibération, devant le tribunal de première instance, qui prononce, sauf l'appel (voy. la *Form.* 146).

Le tuteur exclu ou destitué peut aussi assigner le subrogé tuteur, et demander l'annulation de la délibération qui l'a exclu ou destitué (voy. la *Form.* 147).

Dans l'un et l'autre cas, les parents ou alliés qui ont requis la convocation du conseil peuvent intervenir dans la cause, laquelle doit être jugée comme affaire urgente.

Section VIII. — De l'administration du tuteur.

26e *Répétition.*

§ I. — *Des devoirs du tuteur et de ses pouvoirs.*

1160. — Le tuteur a une double mission à remplir. Il doit : 1° prendre soin de la personne du mineur ; 2° le représenter dans l'administration de ses biens. Art. 450.

Quelle est la double mission du tuteur ?

1161. — I. Le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur. — C'est là son devoir principal : s'il doit s'occuper des biens du mineur, c'est à cause de la protection qu'il doit à sa personne.

Quel est son devoir principal ?

Ainsi, la loi lui confie le gouvernement du mineur, ce qui comporte, par une conséquence nécessaire, les droits d'*éducation*, de *garde* et de *correction*, ou, en d'autres termes, les attributs de la puissance paternelle. Toutefois cette puissance est, ainsi que nous le verrons bientôt, moins étendue dans sa personne que celle qui appartient aux père et mère.

Au reste, le principe que le tuteur a le gouvernement de la

Le tuteur a-t-il tou-

jours le gouvernement de la personne du mineur ? Quelles distinctions faut-il faire à ce sujet?

personne du mineur n'est pas de l'essence de la tutelle. La puissance paternelle et la tutelle sont, en effet, deux pouvoirs parfaitement distincts, qui peuvent être réunis dans la même personne, ou appartenir à deux personnes différentes. Il faut à cet égard prévoir trois hypothèses.

Art. 468.

Quelles différences y a-t-il entre la puissance paternelle exercée par le père et la puissance paternelle exercée par un tuteur étranger ?

1162. — Première hypothèse. — *La tutelle appartient au survivant des père et mère.* — Dans ce cas, les deux pouvoirs, la tutelle et la puissance paternelle, se trouvent réunis. Le tuteur doit s'occuper de la *personne* et des *biens* du mineur. Mais remarquez qu'alors le tuteur exerce la puissance paternelle, non point en qualité de *tuteur,* mais en qualité de *père ;* or, les droits de père sont bien plus étendus, moins entravés, que ceux de *tuteur.* Ainsi :

1° Le père peut exercer son droit de correction, tantôt par voie d'*autorité*, tantôt par voie de *réquisition* (voy. les nos 1038 et s.), et, dans tous les cas, indépendamment du conseil de famille ; tandis que le tuteur ne peut exercer le même droit que par voie de *réquisition* et sous l'agrément du conseil de famille ;

2° Le tuteur n'est pas l'arbitre absolu des questions qui se rattachent à l'éducation et à la résidence de l'enfant. En donnant au *conseil de famille* le droit de régler lui-même le montant de la somme qui pourra être dépensée dans l'intérêt du mineur (art. 454), la loi l'autorise implicitement à apprécier le *but* et l'*objet* de la dépense, et, par conséquent, à déterminer le genre d'éducation qui devra être donné à l'enfant. On décide même qu'il peut, lorsqu'il le juge nécessaire, et, par exemple, lorsqu'une jeune fille est sous la tutelle de son oncle ou de son frère, retirer au tuteur la garde du mineur et le placer chez une autre personne qu'il désigne, sauf au tuteur à se pourvoir devant le tribunal, s'il pense que la décision du conseil est contraire aux intérêts de l'enfant (1).

Cette intervention du conseil n'a pas lieu lorsque la tutelle est dans les mains du dernier mourant des père et mère : le droit de fixer la somme qui pourra être dépensée pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, de déterminer le genre d'éducation qu'il devra recevoir et la maison où il devra résider, est absolu dans la personne du père ; le conseil de famille n'a pas le droit d'en régler l'exercice. Seulement, si le père abuse de son pouvoir, le tribunal, sur la demande du ministère public ou des parents, intervient alors et réprime l'abus (voy. le n° 1029) ;

3° Le père, outre les droits d'éducation, de garde et de correction, a de plus : *a.* le droit de jouissance légale (art. 384) ; *b.* le droit de consentir au mariage (art. 148) ou à l'adoption (art. 346)

(1) MM. Dur., t. III, n° 528 ; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 355 et 356 ; *Cours de C. civ.,* t. I, p. 545 et 546 ; Demol., t. I, n° 537 ; Aubry et Rau, t. I, § 111 ; Dem., t. II, n° 203 *bis ;* Oudot, *Du droit de famille*, p. 311. — *Contra*, M. Laurent t. V, nos 1 et 2.

de l'enfant; *c.* le droit d'émancipation (art. 477). — Aucun de ces droits n'appartient au tuteur. Ainsi, lorsque l'enfant placé sous la puissance d'un tuteur étranger veut se marier, le consentement dont il a besoin pour le faire valablement doit lui être donné, non par son tuteur, mais par ses ascendants s'il en a, ou, à leur défaut, par son conseil de famille (art. 160).

1163. — SECONDE HYPOTHÈSE. — *Le père* (ou la mère) *existe, mais il n'a point la tutelle, soit parce qu'il s'en est fait excuser, soit parce qu'il en a été exclu ou destitué; un tuteur datif a été nommé à sa place.* — Dans ce cas, la puissance paternelle et la tutelle sont séparées : l'une appartient au père, l'autre au tuteur, qui n'a pas à s'occuper de la *personne de l'enfant.*

1164. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *La puissance paternelle s'est éteinte dans la personne des père et mère, soit par suite de leur décès, soit par suite de leur incapacité ou de leur indignité.* — Elle appartient alors au tuteur, qui l'exerce dans une certaine mesure. *Dans une certaine mesure...* car, ainsi que nous l'avons dit, elle ne comprend en réalité que quelques-uns des attributs que la loi attache à la paternité (voy. le n° 1162).

1165. — II. LE TUTEUR REPRÉSENTE LE MINEUR DANS L'ADMINISTRATION DE SES BIENS. — *Représenter* une personne incapable dans les actes de la vie civile, c'est jouer le rôle de cette personne dans les actes qui doivent produire un effet de droit pour ou contre elle ; c'est parler, c'est agir, vendre, acheter, emprunter, plaider... pour elle et en son nom, de telle sorte que, par une fiction de droit, les actes faits par le représentant sont réputés faits par l'incapable lui-même, et aussi efficaces que s'il les avait faits en état de capacité.

Qu'est-ce que *représenter* une personne incapable ?

Lorsque le tuteur contracte en cette qualité une obligation, est-ce lui ou le mineur qui est obligé?

Le mineur ne joue donc point son propre rôle dans les affaires où il est intéressé : ce n'est pas lui qui gère, qui vend, qui achète, qui passe bail, qui plaide et poursuit ses débiteurs... ; son tuteur agit pour lui, comme un *mandataire* pour son mandant. Ainsi, le mineur étant réputé parler par la bouche de son tuteur, les actes que fait ce dernier, dans la limite de ses pouvoirs, et sous les conditions prescrites par la loi, produisent tous les effets qu'ils produiraient si le mineur les avait faits en personne et en état de capacité. Leurs effets se réalisent activement et passivement, non pas dans la personne du tuteur qui, en réalité, les a faits, mais dans celle du mineur, qui, en droit, est réputé en être l'auteur, et l'auteur capable. Par exemple, lorsque le tuteur, agissant en cette qualité, emprunte une somme d'argent, ce n'est pas lui qui la doit; elle est due par le mineur lui-même.

En droit romain, au contraire, le pupille, du moins lorsqu'il n'était plus *infans,* gérait lui-même et en personne ses propres affaires : c'est lui qui tenait la parole, c'est-à-dire qui promettait ou stipulait dans les contrats où il était intéressé; mais, comme il était incapable de rendre sa condition pire, son tuteur devait

l'*assister*, l'*autoriser*, afin de le protéger contre les surprises ou les entraînements auxquels son inexpérience le laissait exposé (1).

Chez nous, le tuteur *n'autorise point, n'assiste point* le pupille ; il le *représente*.

Le tuteur représente-t-il toujours le mineur ?
Quels sont les cas où le mineur agit lui-même ?
Lorsque le mineur stipule ou promet dans son contrat de mariage, n'a-t-il pas besoin d'être *assisté ?*
Qui *l'assiste?* Est-ce son tuteur ?

1166.—Toutefois, ce principe reçoit plusieurs exceptions. Ainsi :

1° C'est le pupille qui joue son propre rôle, qui tient la parole au contrat, lorsqu'il se marie : la loi n'a pas admis que la volonté du mineur pût être suppléée par celle d'autrui, dans un contrat où sa liberté personnelle se trouve engagée ;

2° C'est lui encore qui stipule ou promet dans *son contrat de mariage,* c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de régler, chez le notaire, ses rapports *pécuniaires* avec son futur conjoint.

Dans l'un et l'autre cas, il faut qu'il soit *assisté,* sans doute, car il est incapable ; mais ce n'est pas son tuteur qui l'*assiste :* ce devoir est confié à ses ascendants, et, à leur défaut, au conseil de famille (voy. les art. 148 et s. — voy. aussi l'art. 1398) ;

3° La volonté du mineur ne peut point, quant au testament qu'il a le droit de faire, lorsqu'il a seize ans accomplis (art. 904), être suppléée par celle de son tuteur ou de toute autre personne : c'est lui, mineur, qui le fait lui-même et sans le secours d'autrui ;

4° Le contrat d'apprentissage doit être fait par le mineur, avec le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve. On ne comprendrait guère, en effet, que le tuteur pût, par sa seule volonté et sans le consentement de l'enfant, engager sa liberté pendant plusieurs années (voy. la loi du 22 germ. an XI, art. 9) (2). J'en dis autant, et par analogie, d'un engagement au théâtre, ou, plus généralement, de tout contrat qui engage la liberté du mineur (3).

§ II. — *Ce que doit faire le tuteur avant d'entrer ou en entrant en charge.*

Art. 451.

Est-ce toujours dans les dix jours de *sa nomination* dûment connue de lui qu'il doit requérir la levée des scellés, lorsqu'ils ont été apposés, et faire procéder à l'inventaire des biens ?

1167. — Il doit : 1° *Faire convoquer le conseil de famille pour nommer le subrogé tuteur* (voy. le n° 1133) ;

2° « *Dans les dix jours qui suivent celui de* SA NOMINATION *dûment connue de lui, requérir la levée des* SCELLÉS, *s'ils ont été apposés, et faire procéder immédiatement à l'*INVENTAIRE *des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur.* »

« *De sa* NOMINATION *dûment connue de lui...* » Inexactitude : car la règle dont il s'agit s'applique, non pas seulement aux tuteurs

(1) Comp. M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. I, p. 381 et suiv. de la 3e édition.

(2) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 504, t. I, n° 648. — *Contra*, MM. Demol., t. I, n° 798; Val., *Explic. somm.*, p. 282 et 283; *Cours de Code civ.*, t. I, p. 548.

(3) Cette solution est universellement admise (voy. M. Demol., t. I, n° 799). — Quant à l'engagement volontaire dans l'armée, nous savons déjà qu'aux termes de l'art. 46 de la loi du 27 juillet 1872, « Si l'engagé a moins de vingt ans, il doit justifier du consentement des père, mère ou tuteur, » et que « ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille ».

nommés, mais à tout tuteur quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif. Il fallait dire : Dans les dix jours, à compter de celui où il a eu connaissance de l'événement qui l'a investi de la tutelle.

Qu'entend-on par scellés ?

« *Requérir la levée des scellés, s'ils ont été apposés...* » (voy. les *Form*. 148 et 149). Le *scellé* est une bande de papier, apposée par le juge de paix sur les serrures des portes ou armoires... et fixée à ses deux extrémités par un sceau particulier. Cette mesure conservatoire prévient les détournements (art. 907 et suiv., C. pr.).

Lorsque la tutelle s'ouvre par le décès du père ou de la mère, l'époux survivant, tuteur légitime de son enfant, peut, s'il est présent, requérir l'apposition des scellés sur les biens composant la succession de son conjoint décédé. D'autres personnes peuvent d'ailleurs faire la même réquisition. Dans l'un et l'autre cas, le tuteur doit, dans les dix jours de l'ouverture de la tutelle, faire lever les scellés, et procéder, dans le même délai, à la confection de l'inventaire. — Il peut, s'il le préfère, faire procéder immédiatement à l'inventaire : dans ce cas, les scellés n'ayant pas été apposés, il n'y pas à en demander la levée.

Qu'est-ce que l'inventaire ?

1168. — L'*inventaire* est un acte contenant l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers du mineur (art. 941 et suiv., C. pr.). Les dettes y sont également relatées. Quant aux immeubles, ils y sont mentionnés comme les meubles, mais sans description ni estimation (voy. les *Form*. 150 à 152).

Dans quel but la loi l'exige-t-elle ?

L'inventaire a pour but : 1° de prévenir les détournements ; 2° de préparer les éléments du compte que le tuteur devra rendre quand cesseront ses fonctions ; 3° de faire connaître l'importance de la fortune du mineur, afin que son conseil de famille puisse déterminer, en connaissance de cause, la somme qui pourra être dépensée pour son entretien et son éducation (art. 454).

Quid, si le tuteur ne le fait pas ?

1169. — L'obligation de faire inventaire a une double sanction :

a. A défaut d'inventaire, le mineur ou ses représentants peuvent prouver la consistance et la valeur des biens par toute espèce de moyens, par titres, par témoins, et même par de simples présomptions, par exemple, par la commune renommée, c'est-à-dire au moyen de personnes qui affirment qu'elles ont entendu dire, ou qu'elles estiment elles-mêmes, que la fortune du mineur pouvait, à l'époque de l'ouverture de la tutelle, s'élever à tel ou tel chiffre (art. 1348, 1353 et 1442) ;

b. Le tuteur qui n'a pas fait procéder à l'inventaire peut être destitué pour cause d'incapacité ou d'infidélité (art. 444).

Par qui et en présence de qui doit-il être fait ?

Le tuteur n'est-il pas obligé de faire, préalablement à l'inventaire, une certaine déclaration ?

Dans quel but la loi exige-t-elle cette déclaration ?

S'il a déclaré qu'il ne lui est rien du,

1170. — L'inventaire est fait par un notaire, en présence du subrogé tuteur. Le tuteur doit également y assister, afin de faire la déclaration suivante : « S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il doit le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce sur la réquisition que le notaire est tenu de lui faire, et dont mention doit être faite au procès-verbal. »

Cette disposition a pour objet de prévenir une fraude que la pratique a révélée. Paul est créancier de son frère ; celui-ci, après

peut-il être admis à réclamer ce qui lui est réellement dû ?

Quid, cependant, s'il prouve que c'est par erreur qu'il a déclaré qu'il ne lui était rien dû ?

Doit-il *d'office*, c'est-à-dire de son propre mouvement, faire la déclaration que la loi exige de lui ?

avoir payé sa dette et retiré quittance, meurt, laissant pour héritier un enfant mineur qu'on place sous la tutelle de Paul : lorsque ce tuteur est bien sûr que la quittance qu'il a donnée n'existe plus ou tout au moins qu'elle ne fait pas partie des papiers qui vont être inventoriés, il pourrait, s'il était déloyal, réclamer, en toute sécurité, le paiement de la créance dont il a été déjà payé. La loi, qui a prévu ce danger, a su le prévenir. Elle veut que le tuteur déclare, avant le dépouillement des papiers du défunt, s'il est ou non créancier : la crainte qu'on ne découvre, dans les papiers qu'on va inventorier, la quittance qui prouverait sa déloyauté, le contraint indirectement à dire la vérité.

S'il déclare qu'il ne lui est rien dû, ou s'il garde le silence, il ne peut rien réclamer, encore qu'en réalité il lui soit dû quelque chose; son aveu vaut quittance. Mais, comme beaucoup de tuteurs, surtout parmi les hommes de la campagne, ne savent pas qu'ils doivent faire la déclaration de leur créance, la loi exige que le notaire les mette en demeure de la faire, en leur demandant s'il leur est dû ou non quelque chose.

1171. — Le tuteur qui, sur l'interpellation du notaire, a déclaré n'être pas créancier, n'est pas toujours déchu de son droit. Il faut, en effet, réserver le cas où il serait démontré qu'il ne connaissait pas au moment de l'inventaire et qu'il ne pouvait pas connaître sa qualité de créancier. C'est ce qui arriverait, par exemple, s'il était devenu, peu de temps après l'ouverture de la tutelle, et à son insu, l'héritier d'un créancier du mineur (1).

Art. 452.

Le tuteur doit-il vendre ou conserver en nature les meubles du mineur?

Dans quel délai doit-il procéder à la vente?

Pourquoi doit-il vendre le mobilier?

1172. — 3° Faire vendre, *dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, les* meubles *autres que ceux que le conseil l'a autorisé à conserver en nature.* — Les meubles, en général improductifs, et quelquefois même dispendieux à garder, sont sujets à des causes diverses et multiples de dépréciation. Le mineur ne s'en sert guère pendant sa minorité. Dès lors, à quoi bon les garder en nature ? Il est bien plus sage de les convertir en un capital qui, placé à intérêt ou en rente, va toujours grossissant. De là, pour le tuteur, l'obligation de les vendre.

Doit-il vendre les meubles *incorporels*, tels que les actions dans les entreprises industrielles ?

La nature même du motif de cette disposition nous en révèle l'étendue. Bien que la loi parle en termes généraux, il est évident qu'elle n'entend parler que des meubles *corporels*, et qu'ainsi le tuteur n'est pas obligé de vendre les meubles incorporels, tels que les créances, les rentes, les actions dans les entreprises industrielles ou commerciales, qui peuvent se trouver dans le patrimoine du mineur. Ces valeurs, en effet, ne sont ni improductives ni dispendieuses à garder. Que ferait-on, d'ailleurs, de l'argent qu'on obtiendrait en les vendant? Dans la plupart des cas, le meilleur emploi qu'on pourrait en faire serait précisément de racheter les rentes et les actions qu'on aurait vendues! Les termes mêmes

(1) M. Demol., t. 1, n° 563 ; Dem., t. II, n° 209 *bis*, IV ; M. Laurent, t. V, n° 14.

de notre article confirment notre interprétation : il n'a trait, en effet, qu'aux meubles qui pourraient être conservés *en nature,* ce qui ne peut guère s'appliquer qu'aux meubles corporels (1).

1173. — La vente des meubles corporels eux-mêmes n'est pas toujours nécessaire ni même utile. Ainsi, bien évidemment, il n'y a pas lieu de vendre ceux qui peuvent servir à l'usage du mineur, à son entretien ou à son éducation : tels, par exemple, que des ouvrages de jurisprudence, lorsque le mineur fait son droit. La vente des portraits de famille serait peu décente; celle de l'argenterie serait plus onéreuse qu'utile, dans le cas où le mineur serait près de sa majorité. Certains meubles pourront donc être conservés en nature; mais ce n'est pas au tuteur que la loi confère le droit d'indiquer ceux qui devront l'être. Ce droit appartient au conseil de famille.

La vente des meubles corporels est-elle même toujours nécessaire?

A qui est confié le soin de décider si les meubles corporels seront vendus ou conservés?

En résumé, le tuteur *doit* vendre les meubles *corporels;* il doit les vendre *tous,* sauf ceux que le conseil de famille l'a autorisé à conserver en nature.

1174. — Il n'a besoin d'aucune autorisation pour *vendre;* c'est uniquement lorsqu'il veut *conserver* qu'il doit se faire autoriser à cet effet.

Le tuteur a-t-il besoin d'une autorisation pour vendre le mobilier?

Toutefois, s'il peut vendre sans autorisation, il ne lui est pas permis de vendre à l'amiable et sans aucune formalité. La loi exige, pour la sécurité du mineur, que la vente ait lieu en présence du subrogé tuteur, *aux enchères,* par un officier public, et après des affiches et publications dont le procès-verbal de vente fait mention (art. 945 à 951, C. pr.) (voy. la *Form.* 153). Mais ces formalités ne sont pas applicables au cas où il s'agit de marchandises faisant partie d'un fonds de commerce et destinées à être vendues au jour le jour (2).

Peut-il vendre à l'amiable et sans aucune formalité?

Comment donc se fait la vente?

Quant aux meubles *incorporels,* le tuteur, avons-nous dit, n'est pas obligé de les vendre dès son entrée en fonctions. Il est seulement bien entendu qu'il pourra les vendre, si cela devient nécessaire, pendant le cours de sa gestion.

1175. — Ici se présente une question. Le tuteur qui veut vendre des meubles *incorporels* doit-il se faire autoriser à cet effet par le conseil de famille? Peut-il les vendre à l'amiable, ou doit-il remplir les formalités prescrites par notre article pour la vente des meubles corporels? Le Code est absolument muet sur cette question. Mais, comme il est de principe que le tuteur, mandataire général du mineur dans tous les actes civils qui l'intéressent, a plein pouvoir pour faire seul, sans autorisation ni formalités, tous les actes pour lesquels la loi ne l'astreint pas à l'accomplissement de ces conditions, on admet généralement :

Le tuteur a-t-il besoin d'être autorisé pour vendre les meubles *incorporels?*

Peut-il les vendre à l'amiable, ou doit-il remplir les mêmes formalités que pour la vente des meubles corporels?

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 372 ; Dur., t. III, n° 553 ; Marc., sur l'art. 452 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Demol., t. I, n° 572 ; Dem., t. II, n° 218 *bis*; Aubry et Rau, t. I, § 112, note 23; Laurent, t. V, n° 16.

(2) Ainsi jugé par la Chambre des requêtes, le 21 juillet 1873, au rapport de M. Demangeat (Sir., 73, 1, 446).

1° Qu'il peut vendre les meubles incorporels, sans avoir besoin de demander l'autorisation du conseil de famille;

2° Que les formalités, enchères, affiches et publications, prescrites pour la vente des meubles corporels, ne s'appliquent point à la vente des meubles incorporels : le tuteur les vend à l'amiable; il détermine seul et comme il l'entend, mais sous sa responsabilité, le prix et les autres conditions de la vente (1).

1176. — Toutefois, pour le cas où le mineur a, en inscriptions 5 0/0 une rente de plus de 50 francs, comme aussi pour le cas où il a plusieurs actions de la Banque de France ou plusieurs portions d'actions excédant une action entière, le Code a subi une double modification (loi du 24 mars 1806 et décret du 25 septembre 1813) :

1° Le tuteur ne peut vendre ces valeurs qu'avec l'autorisation du conseil de famille;

2° Il doit les vendre, non pas à l'amiable, mais à la Bourse, au cours public du jour de la vente.

Lorsque la rente est de 50 francs seulement, ou au-dessous, lorsqu'il s'agit d'une seule action de la Banque, la vente doit encore être faite d'après le cours public du jour; mais, pour la faire, le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé (2).

Art. 453.

L'obligation de vendre le mobilier est-elle imposée *à tout tuteur?*

1177. — L'obligation de vendre les meubles corporels dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire est imposée à tout tuteur, au tuteur datif, au tuteur testamentaire et même aux ascendants investis de la tutelle légitime. Une seule exception a été admise en faveur du ***survivant des père et mère,*** qui peut, à son gré, vendre ou conserver les ***meubles*** DONT IL A L'USUFRUIT LÉGAL.

Quel est le motif de cette exception?

Ces meubles proviennent, dans la plupart des cas, de la succession du conjoint décédé. L'époux survivant avait l'habitude, en sa qualité de conjoint, de s'en servir journellement : il s'était accoutumé à les considérer, en quelque sorte, comme siens; c'était la chose commune, la chose de la maison, de la famille. Il y aurait donc de l'inconvenance et même de la dureté à briser ses habitudes, en le forçant de transformer en argent des effets auxquels il est peut-être fort attaché. Ce serait aggraver sa douleur que de changer ainsi le côté matériel de son existence. L'intérêt pécuniaire de l'enfant ne doit pas faire oublier la piété filiale. De là la faculté accordée au conjoint survivant de conserver en nature les meubles dont la loi lui attribue la jouissance.

Le survivant des père et mère a-t-il le droit de conserver en nature tous les meubles du mineur?

L'exception dont il jouit est ***relative*** et ***temporaire : relative,*** elle ne s'applique qu'aux meubles ***dont il a la jouissance; temporaire,*** elle ne dure que tant que dure son droit d'usufruit.

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 279; Marc., sur l'art. 459; Demol., t. I, nos 586 et suiv.; Aubry et Rau, t. I, § 113, notes 67 et suiv.; Dem., t. II, n° 220 *bis*, III.

(2) Voy., sur cette matière, M. Val., *Explic. somm.*, p. 276 et s.; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 573.

Ainsi, le survivant des père et mère est lui-même soumis au droit commun quant aux meubles dont il n'a pas ou dont il n'a plus la jouissance.

Quid, après que son usufruit a cessé?

1178. — S'il use de son droit, c'est-à-dire s'il garde en nature les meubles qu'il administre en sa qualité d'usufruitier légal, il en doit faire faire, à ses frais, une *estimation à juste valeur,* par un officier public désigné par le subrogé tuteur (voy. la *Form.* 154).

N'est-il pas tenu d'une certaine obligation, dans le cas où il conserve en nature les meubles dont il a l'usufruit?

Une estimation à juste valeur... Parce que l'estimation qui en a déjà été faite dans l'inventaire n'est qu'*approximative :* la véritable valeur des meubles se détermine plus tard par la vente qui en est faite aux enchères. Mais ici il faut une estimation rigoureuse, exacte, puisque ce n'est que par elle qu'on pourra connaître l'indemnité que le tuteur devra payer au mineur quant aux choses qu'il ne pourra pas restituer en nature.

Pourquoi cette nouvelle estimation?

Ainsi, les objets dont il a conservé la jouissance existent-ils encore en nature lors de la cessation de sa jouissance légale : il les doit dans l'état où ils se trouvent à ce moment, à moins qu'ils n'aient été détériorés par sa faute, auquel cas il serait responsable de la moins-value résultant de leur détérioration.

Est-il responsable de la perte ou de la détérioration des meubles dont il a la jouissance?

Lui est-il impossible de les représenter en nature : il est alors comptable, non pas seulement de la valeur qu'ils auraient au moment de la cessation de la jouissance légale, s'ils existaient encore à ce moment, mais de celle qui a été déterminée par l'estimation qui en a été précédemment faite : la loi suppose qu'il en a disposé à une époque voisine de cette estimation.

Que doit-il lorsqu'ils ont péri par sa faute ou par suite de sa négligence ?

Toutefois, il n'aura rien à restituer s'il prouve qu'ils ont péri par cas fortuit ou par force majeure. Et, en effet, d'après le droit commun, l'usufruitier ne répond point des cas fortuits (art. 589 et 1302) ; or, il ne se peut pas que la loi, qui dispense le survivant des père et mère de l'obligation de donner caution, obligation à laquelle sont tenus les usufruitiers (art. 601), l'ait, quant à la responsabilité relative aux cas fortuits, traité plus rigoureusement qu'un usufruitier ordinaire.

Ainsi, le survivant des père et mère, de même qu'un usufruitier ordinaire, ne répond ni de la dépréciation résultant de l'usage qu'il retire des choses dont il a eu la jouissance, ni de leur perte totale ou partielle arrivée par cas fortuit ou de force majeure (1).

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 374; *Explic. somm.*, p. 244 et s.; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 554 et s.; M. Laurent, t. IV, n° 329. — Quelques personnes suivent le système contraire. Elles raisonnent ainsi :

« En supposant que le survivant des père et mère vendît les meubles, il pourrait jouir du capital sans l'absorber : l'enfant le retrouverait un jour intact... Si l'on autorise le survivant à les conserver en nature, c'est à la condition que la faculté qu'on lui accorde ne nuira pas à l'enfant; il faut toujours que son capital soit sauvegardé de la même manière qu'il le serait si ses meubles avaient été transformés en argent. Il serait, en effet, bien étrange que l'enfant eût à souffrir de cette circonstance qu'il a pour tuteur, non pas un étranger, mais son père ou sa mère ! »

Dans ce système, le survivant des père et mère qui n représente pas en bon

Art. 454.

Est-ce le tuteur qui détermine la somme qui pourra être employée à la dépense annuelle du mineur et à l'administration de ses biens ?

1179. — 4° *Demander au conseil de famille, dès l'ouverture de la tutelle, qu'il prenne une décision sur les trois points suivants* (voy. la *Form.* 155) :

a. Quelle somme pourra être employée à la dépense annuelle du mineur et à l'administration de ses biens? — Ce règlement est fait par aperçu et selon l'importance de la fortune du mineur. Il n'a, au reste, rien d'irrévocable : le conseil pourra donc le modifier, s'il y a lieu, pendant le cours de la tutelle;

Le tuteur peut-il s'aider, dans sa gestion, d'un ou de plusieurs administrateurs particuliers ?

b. Le tuteur pourra-t-il s'aider dans sa gestion, d'un ou de plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité? — Remarquez qu'il peut, sans avoir besoin d'aucune autorisation à cet effet, se faire aider par des administrateurs ***non salariés*** ou *salariés à ses propres frais*; ce n'est que dans le cas où il veut les payer ***aux dépens du mineur*** qu'il a besoin de l'autorisation du conseil;

Art. 455 et 456.

Le tuteur est-il obligé de faire immédiatement l'emploi des sommes qui parviennent en ses mains ?

A partir de quel chiffre commence pour lui l'obligation de faire emploi ?

c. Quel sera le chiffre à partir duquel il y aura, pour le tuteur, obligation de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses? — L'administration serait fort embarrassée si le tuteur était obligé de placer immédiatement toutes les petites sommes qu'il reçoit et qui sont disponibles entre ses mains; d'ailleurs, on place mal les petits capitaux. Ce n'est donc que lorsque la somme ou les sommes par lui reçues forment un capital assez considérable que commence pour lui l'obligation d'en faire emploi. Mais à quel chiffre les sommes mises en réserve formeront-elles un capital assez considérable pour être placé? Cette détermination appartient au conseil de famille. Ce pourra être, suivant la fortune du mineur, tantôt 1,000 francs, tantôt un autre chiffre plus ou moins élevé.

Dans quel délai doit-il faire emploi ?

Quid, s'il laisse passer ce délai ?

1180. — Lorsque les sommes qu'a reçues le tuteur et qui sont disponibles entre ses mains ont atteint ce chiffre, le tuteur est obligé d'en faire l'emploi dans le *délai de six mois;* faute de quoi les intérêts courent contre lui, à compter de l'expiration de ce délai. Il est bien entendu que, si l'emploi a été fait *avant* le délai expiré, les intérêts courent du jour même de l'emploi. De même, il est évident que le mineur bénéficie des intérêts provenant des sommes que le tuteur a placées avant qu'elles eussent atteint le chiffre fixé par le conseil.

Quelle doit être la nature de l'emploi ?

1181. — Quelle doit être la nature de l'emploi? La loi ne pres-

état les meubles qu'il n'a pas voulu vendre, en doit, *dans tous les cas*, l'estimation telle qu'elle a été faite au commencement de la tutelle : dans tous les cas, c'est-à-dire *alors même qu'ils ont péri ou qu'ils ont été détériorés par cas fortuit* (MM. Bug., à son cours; Demol., *de la Puiss. pat.*, n° 524). — Ce système m'a semblé avoir un vice capital. Tant que dure le mariage, et, par conséquent, tant que la tutelle n'est pas ouverte, le père n'est évidemment responsable ni des cas fortuits, ni de la dépréciation résultant de l'usage qu'il retire des meubles dont il se sert en sa qualité d'usufruitier légal; or, s'il n'en est point tenu tant que dure le mariage, pourquoi en serait-il autrement après l'ouverture de la tutelle ?

crit rien à cet égard. Elle s'en rapporte donc à la sagesse du tuteur, qui peut, suivant qu'il le juge convenable, acheter des immeubles, placer l'argent en rente ou à intérêt, ou faire tout autre emploi d'une sûreté suffisante.

1182. — Le tuteur qui n'a pas fait fixer la somme à partir de laquelle commencera pour lui l'obligation d'en faire l'emploi est tenu d'employer, dans le même délai de six mois, toute somme, *si modique qu'elle soit,* qui parvient dans ses mains; faute de quoi il doit l'intérêt.

Quid, lorsque le tuteur n'a pas fait fixer par le conseil de famille le chiffre à partir duquel doit commencer l'obligation de faire emploi ?

1183. — Lorsque le tuteur est *le dernier mourant des père et mère,* le conseil de famille n'a le droit de régler ni la somme qui pourra être dépensée pour les besoins annuels du mineur et pour l'administration de ses biens, ni la question de savoir si le tuteur pourra ou non se faire aider par des administrateurs salariés aux dépens du mineur, ni la somme à partir de laquelle commencera l'obligation de faire l'emploi de l'excédent des revenus sur la dépense. Sur tous ces points la loi s'en rapporte à la sagesse du tuteur, qui, à raison de sa qualité de père ou de mère, mérite qu'on lui laisse une certaine liberté dans le règlement du budget de la tutelle.

Est-ce toujours le conseil de famille qui fixe la somme qui pourra être dépensée pour les besoins personnels du mineur et pour l'administration ? Est-ce toujours le conseil qui fixe le chiffre à partir duquel devra commencer pour le tuteur l'obligation de faire emploi ?

1184. — Terminons par une observation générale. Les obligations concernant : 1° la nomination du subrogé tuteur; 2° la levée des scellés et la confection de l'inventaire ; 3° la vente des meubles; 4° le règlement des dépenses; 5° la fixation de la somme à partir de laquelle il y a lieu de faire emploi de l'excédent des revenus sur la dépense, ces obligations, dis-je, ne s'appliquent guère qu'au moment où le mineur entre en tutelle. Ainsi, en principe, le nouveau tuteur qui succède au tuteur originaire n'a aucune de ces obligations à remplir, puisqu'elles l'ont été déjà par le tuteur qu'il remplace : le compte qu'il reçoit du tuteur sortant équivaut à l'inventaire; les scellés sont inutiles; le subrogé tuteur déjà nommé conserve ses fonctions; le règlement du budget de la tutelle reste tel qu'il a été primitivement arrêté.

Le tuteur qui succède au tuteur originaire a-t-il les mêmes obligations à remplir ?

Toutefois, cette observation générale a besoin d'un double tempérament :

1° Le nouveau tuteur doit faire faire un inventaire, toutes les fois que le mineur devient l'héritier du tuteur originaire, ou que pendant le cours de la tutelle une succession s'ouvre à son profit;

2° Lorsque le nouveau tuteur est pris parmi les parents de la ligne à laquelle appartient le subrogé tuteur, celui-ci doit être remplacé (voy. le n° 1135).

§ III. *De la gestion pendant le cours de la tutelle.*

1185. — Bien que la loi dise d'une manière générale que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils, elle ne lui a

Le pouvoir du tuteur est-il uniforme ? En d'autres termes, sa

capacité est-elle la même pour toute espèce d'actes ? Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

pas pourtant confié un pouvoir *uniforme* pour toutes espèces d'actes. Ainsi, elle distingue :

1° Les actes que le tuteur peut faire *seul*, de son propre mouvement, sans aucune autorisation ;

2° Les actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, mais suffisante ;

3° Les actes qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil et l'homologation du tribunal ;

4° Les actes qui lui sont absolument interdits.

Quels sont les actes qu'il peut faire seul ?

1186. — I. DES ACTES QUE LE TUTEUR PEUT FAIRE SEUL. — En principe, le tuteur peut faire seul tous les actes d'administration qui ne lui sont pas interdits et pour lesquels la loi ne l'astreint pas à prendre l'autorisation du conseil de famille. Ainsi, le droit commun pour lui, *la règle*, c'est qu'il peut agir seul ; la nécessité de demander l'autorisation du conseil n'a lieu que *par exception*.

Il en résulte qu'on ne peut connaître d'une manière exacte la catégorie des actes qu'il peut faire seul qu'après qu'on a composé les catégories exceptionnelles, c'est-à-dire énuméré les actes pour lesquels il a besoin d'être autorisé ou qui lui sont complètement interdits.

On peut cependant, d'après l'ensemble des dispositions de la loi sur cette matière, poser cette règle générale, que le tuteur peut faire seul tous les actes *de simple administration* et *de conservation*. Ainsi, il peut, sans aucune autorisation, percevoir les revenus et en donner quittance, recevoir et faire le paiement des capitaux dont le mineur est créancier ou débiteur, capitaliser les épargnes en les employant, exercer les actions mobilières, défendre aux actions immobilières, ordonner les réparations nécessaires à la conservation des biens, vendre les meubles, enfin passer bail des immeubles (1).

Les actes qu'il peut faire seul sont-ils susceptibles d'être attaqués par le mineur devenu majeur ?

Il a, quant à ces actes, plein pouvoir. S'il les fait mal, il est responsable, sans doute : car il doit administrer en bon père de famille, c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et attentif. Mais leur validité ne peut pas être critiquée : les tiers qui ont traité avec lui ont une entière sécurité.

N'existe-t-il point certains actes d'administration que le tuteur ne peut point faire de sa propre autorité et sans aucune formalité ? *Quid*, s'il veut vendre les meubles corporels ?

1187. — Toutefois, notre règle reçoit quelques exceptions :

1° Quoique le tuteur n'ait pas besoin de l'autorisation du conseil pour vendre les meubles, pourtant il ne lui est point permis, du moins en principe, de vendre à l'amiable ceux d'entre eux qui sont *corporels* (voy. le n° 1174). S'il le fait, les tiers qui les ont achetés *comme biens de mineur* peuvent être évincés. Que s'il les a vendus *comme siens*, les tiers qui les ont reçus *de bonne foi* ne

(1) M. Laurent enseigne que, pour vendre les droits mobiliers du mineur, comme pour vendre ses immeubles, le tuteur a besoin d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Voy. t. V, n°s 40 et suiv., spécialement n°s 63 et suiv. — *Contra*, MM. Aubry et Rau (t. I, § 113, p. 445 et suiv.), et les auteurs qu'ils citent. Comp. M. Merville, *Revue pratique de droit français*, t. XXXVI (1873), p. 145 et suiv.

peuvent pas être inquiétés : la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre,* les protège contre toute éviction (voy. l'explic. de l'art. 2279).

Je n'ai pas besoin de faire remarquer que la prohibition de vendre *à l'amiable* les meubles corporels ne s'applique point aux *fruits* provenant des biens du mineur : la vente des fruits est un de ces actes quotidiens qu'on ne saurait, sans les rendre impossibles, assujettir à des formalités de justice (comp. ci-dessus, n° 1174).

Quid, s'il veut vendre les fruits provenant des biens ?

2° Le tuteur ne peut, sans l'autorisation du conseil, vendre ni des rentes sur l'État au-dessus de 50 francs de revenu ni des actions de la Banque de France (voy. le n° 1176).

Quid, s'il veut vendre des rentes sur l'État ou des actions de la Banque de France ?

3° Il peut, sans autorisation, passer des baux, mais *limités, quant à leur durée* (art. 1429, 1430 et 1718) : la loi les considère comme sortant de la classe des simples actes d'administration, *dès que leur durée est de plus de neuf ans.*

Quelle est l'étendue de son pouvoir en ce qui touche la location des biens ?

1188. — Ainsi, les baux que le tuteur a faits seul, c'est-à-dire sans l'autorisation du conseil de famille, ne sont pas réguliers quand leur durée dépasse neuf ans. Ils ne sont point nuls pourtant : la loi les déclare simplement *réductibles dans leur durée;* elle les fractionne en périodes de neuf ans, et autorise le preneur (le fermier ou le locataire) à terminer la période qui se trouve commencée quand la tutelle prend fin.

Soit un bail fait pour trente ans. A-t-il, quand la tutelle prend fin, duré *un an :* le preneur a le droit de le faire durer huit ans encore ; mais, arrivé à ce terme, le mineur, devenu majeur, ou ses héritiers, si c'est par sa mort que la tutelle a cessé, peuvent, à leur gré et selon leur intérêt, prendre l'un ou l'autre de ces deux partis : ou faire cesser le bail, ou le continuer pour toutes les années qui restent à courir. Le bail a-t-il duré *huit ans* quand la tutelle cesse : le preneur n'a que le droit d'achever l'année qui reste à courir pour compléter la première période de neuf ans. — A-t-il, au contraire, duré dix ans : le preneur a droit à huit ans encore...

En d'autres termes, le bail consenti pour un temps qui excède la limite tracée par la loi n'est obligatoire, vis-à-vis du mineur ou de ses héritiers, que pour la période de neuf ans dans laquelle on se trouve à la fin de la tutelle (art. 1718).

1189. — On enseigne généralement que le tuteur qui a consenti un long bail peut et doit demander lui-même la nullité de ce bail pour tout ce qui excède la période de neuf ans dans laquelle on se trouve au moment de sa demande. Cette action en réduction appartient, dit-on, au mineur ; le tuteur le représente : donc... (etc.) (1).

Cette solution me paraît contraire à l'esprit et même aux dispositions formelles de la loi. On sait qu'en ce qui regarde les propres de la femme commune, les baux que le mari consent seul doivent,

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 371 ; Dem., t. II, n° 221 ; Marc., sur l'art. 450 ; Demol., t. I, n°s 640 et 640 *bis*.

quoique faits pour plus de neuf ans, être respectés et par la femme et par son mari, aussi longtemps que dure la communauté (art. 1429). Or, cette disposition régit, par analogie, les baux faits par le tuteur (art. 1718). Donc les baux qu'il consent doivent, quoique faits pour plus de neuf ans, être respectés et par le mineur et par le tuteur, tant que dure la tutelle (1).

Quels sont les actes pour lesquels l'autorisation du conseil est nécessaire et suffisante ?

Art. 461 et 462.

Lorsqu'une succession est échue au mineur, le tuteur peut-il la répudier sans y avoir été autorisé par le conseil ?

Quid, si la succession est purement mobilière ?

La répudiation qu'il a faite avec l'autorisation du conseil est-elle irrévocable ?

Ne faut-il pas, à cet égard, faire une distinction ?

Dans quel état le mineur reprend-il la succession, lorsque la répudiation est révoquée ?

II. DES ACTES POUR LESQUELS L'AUTORISATION DU CONSEIL EST NÉCESSAIRE, MAIS SUFFISANTE (voy. la *Form.* 156). — Le tuteur a besoin de cette autorisation, mais elle lui suffit :

1190. — 1° *Pour répudier une succession échue au mineur.* — Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer si la succession est immobilière ou mobilière : dans l'un et l'autre cas, l'autorisation du conseil est nécessaire, mais suffisante.

La renonciation est absolument nulle et de nul effet contre le mineur, lorsque son tuteur l'a faite sans autorisation.

Dans le cas contraire, elle est valable; mais elle n'est pas toujours irrévocable. La loi fait ici une distinction.

Si la succession répudiée par le tuteur a été acceptée par d'autres héritiers, il n'est point permis de revenir sur la répudiation : le mineur est désormais complètement étranger de la succession.

Que si, au contraire, elle n'a encore été acceptée par personne, elle peut être reprise, soit par le tuteur autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouve lors de la reprise, sans pouvoir attaquer les ventes ou autres actes qui ont été légalement faits par le curateur qui l'a représentée tant qu'elle a été vacante (art. 790).

De combien de manières une succession peut-elle être acceptée ?

Quid, quand elle est échue au profit d'un mineur ?

Pourquoi la loi exige-t-elle que le tuteur se fasse autoriser par le conseil lorsqu'il accepte la succession ?

Est-ce que le mineur, dans ce cas, court un risque ?

1191. — 2° *Pour accepter une succession.* — La succession échue à un majeur peut être acceptée de deux manières, ou *purement et simplement,* ou *sous bénéfice d'inventaire*. Dans le premier cas, l'héritier paie toutes les dettes, alors même qu'elles excèdent l'actif de la succession : il en est tenu *ultra vires bonorum*. Dans le second, au contraire, il n'en est tenu que dans la limite des biens, *intra vires bonorum*.

La succession échue à un mineur ne peut pas être acceptée *purement et simplement;* la loi n'en permet que l'acceptation *sous bénéfice d'inventaire,* et encore le tuteur ne peut-il la faire qu'avec l'autorisation du conseil.

A première vue, on ne comprend guère la nécessité de cette autorisation. L'héritier qui accepte une succession sous bénéfice d'inventaire peut ne pas gagner; mais, dira-t-on, *il ne peut pas perdre,* puisqu'il ne paie les dettes que dans la limite des biens ! Or, si le mineur *ne court aucun risque* à devenir héritier bénéficiaire, l'autorisation dont a besoin son tuteur pour accepter est

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 113, note 62; Laurent, t. V, n° 47. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 février 1865 (Sir., 65, 1, 57).

donc inutile et sans objet ! elle est même frustratoire, car les frais qu'entraîne la convocation du conseil sont des frais de tutelle qui restent à la charge du mineur !

La réponse est que l'héritier, *même bénéficiaire,* court un risque, *le risque de perdre.* Et, en effet, tout héritier, l'héritier bénéficiaire comme l'héritier pur et simple, est obligé de *rapporter* à la succession, c'est-à-dire de remettre ou de laisser dans la masse partageable, les biens que le défunt lui a donnés ou légués (art. 843), tandis que l'héritier qui renonce a le droit de les conserver (art. 845).

L'héritier, même bénéficiaire, *perd* donc lorsque la masse de biens qu'il aurait conservée en sa qualité de *donataire* ou de *légataire,* s'il eût répudié la succession, est plus forte que la part héréditaire qu'il recueille en sa qualité d'héritier.

Un père de famille qui a *cinq* enfants et 100,000 francs a légué, sans clause de préciput, le *quart* de ses biens à l'un de ses enfants qui est mineur. Cet enfant répudie-t-il la succession de son père : il conserve le *quart* qui lui a été légué, ou 25,000 francs. Accepte-t-il : les 25,000 francs qui lui ont été légués rentrent dans la succession dont il prend un *cinquième,* c'est-à-dire 20,000 francs : c'est 5,000 francs qu'il perd.

Ainsi, lorsque le tuteur accepte sous bénéfice d'inventaire une succession ouverte au profit du mineur, celui-ci court un risque : dès lors, il est bon que le conseil de famille soit consulté.

1192. — 3° *Pour accepter une donation offerte au mineur.* — Il est bon encore que le conseil soit consulté : car, si, en principe, les donations ne compromettent point la *fortune* de celui qui les reçoit, souvent elles portent atteinte à son *honneur.*

Art. 463.

Pourquoi le tuteur doit-il se faire autoriser pour accepter une donation offerte au mineur ?

La donation offerte au mineur ne peut-elle être acceptée que par le tuteur ?

L'ascendant qui l'accepte a-t-il besoin d'être autorisé à cet effet, par le conseil ?

Pourquoi, dans ce cas, l'autorisation n'est-elle point nécessaire ?

Ce n'est pas seulement le tuteur qui peut accepter la donation offerte au mineur ; elle peut être acceptée encore par ses père et mère, et même du vivant de ses père et mère par ses autres ascendants. Mais le tuteur a seul besoin de l'autorisation du conseil : la loi a pleine confiance dans les père et mère, dans les ascendants de l'enfant, parce qu'aucun autre parent n'est plus directement intéressé à conserver intact l'honneur de la famille (voy. l'explic. de l'art. 935).

Ainsi, la règle que le tuteur doit, pour accepter une donation offerte au mineur, se faire autoriser à cet effet par le conseil de famille, ne s'applique pas au cas où la tutelle est entre les mains du survivant des père et mère de l'enfant ou de tout autre ascendant.

— La donation offerte au mineur et régulièrement acceptée par le tuteur a le même effet qu'à l'égard d'un majeur (art. 463 *in fine*).

1193. — 4° *Pour* FORMER *en justice une* DEMANDE *relative aux droits* IMMOBILIERS *du mineur, ou pour* ACQUIESCER *à une demande relative aux mêmes droits.*

Art. 464.

Le tuteur a-t-il be-

soin d'être autorisé pour former une demande au nom de son mineur ou pour y répondre ?
Quelle distinction faut-il faire à ce sujet ?

« *Pour former une* DEMANDE..... « Donc il peut *seul défendre* à une demande formée contre le mineur.

« *Relative aux droits* IMMOBILIERS »..... Donc il peut seul former une demande relative aux droits *mobiliers* du mineur.

Ainsi, quant aux *actions immobilières*, le tuteur peut y *défendre* sans qu'il ait besoin de se faire autoriser à cet effet ; l'autorisation, au contraire, lui est nécessaire, lorsque c'est lui qui les intente, c'est-à-dire qui les introduit en justice. Quant aux *actions mobilières,* il a plein pouvoir soit pour *y défendre,* soit pour *les intenter*.

S'il forme, sans autorisation, une demande immobilière, le défendeur est-il obligé d'y répondre ?

— Lorsque le tuteur forme, sans autorisation, une demande qui intéresse la fortune immobilière du mineur, il sort de son droit : celui contre lequel il la forme peut donc légitimement refuser le débat ; mais, s'il l'accepte et s'il plaide, le mineur sera seul admis à se prévaloir du défaut d'autorisation.

Le tuteur peut-il *acquiescer* à une demande, sans être autorisé par le conseil ?
Qu'est-ce qu'*acquiescer à une demande ?*

« Ou ACQUIESCER..... » Acquiescer à une demande, c'est reconnaître qu'elle est fondée, et, par suite, promettre d'y satisfaire.

Le tuteur ne peut point, sans autorisation, acquiescer à une demande *immobilière;* il le peut, au contraire, lorsque l'action formée contre le mineur est *mobilière*.

Art. 465 et 466.

Le tuteur a-t-il besoin d'être autorisé pour *intenter* une demande en partage ?
Quid, pour y *défendre ?*

1194. — 5° *Pour intenter une demande en partage.* — Si la même demande est formée contre le mineur, le tuteur a plein pouvoir pour y répondre.

Un mineur est appelé pour une part dans une succession. Si le partage de cette succession a lieu pendant la minorité de l'héritier mineur, c'est en justice qu'il doit être fait. Or, un partage fait en justice est entouré d'entraves et surtout de formalités fort dispendieuses, qu'on peut éviter lorsque tous les copartageants sont majeurs : car alors le partage peut être fait à l'amiable et sans aucune formalité. D'un autre côté, l'indivision a ses dangers, ses inconvénients : le mineur peut avoir dès à présent besoin des biens ou des capitaux que le partage lui attribuera. Il se peut donc que le mineur ait intérêt tantôt à retarder le partage, tantôt à le provoquer immédiatement. La loi n'a pas voulu que le tuteur pût seul décider lequel de ces deux partis devra être suivi : de là pour lui l'obligation de consulter le conseil et de se faire autoriser lorsqu'il veut *provoquer* le partage. Peu importe, du reste, que les biens à partager soient mobiliers ou immobiliers : la loi ne distingue pas.

Pourquoi n'a-t-il pas besoin d'être autorisé pour défendre à une demande en partage?

Si la demande en partage vient du côté des cohéritiers du mineur, le tuteur a plein pouvoir pour répondre et pour procéder au partage : l'autorisation du conseil n'est pas nécessaire alors, par cette raison péremptoire que *le conseil ne pourrait pas ne pas l'accorder si on la lui demandait.* Il ne le pourrait pas : car, personne n'étant tenu de rester dans l'indivision (art. 815), les cohéritiers du mineur ont le droit d'en sortir dès à présent.

A quelles conditions le partage fait pendant

1195. — Le partage fait pendant la minorité d'un des héritiers doit, pour obtenir, à l'égard de l'héritier mineur, tout l'effet qu'il

aurait entre majeurs, être fait en justice et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. — Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal ou tout autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procèdent à la division des héritages et à la formation des lots, qui sont tirés au sort, en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fait la délivrance des lots. — Tout autre partage n'est que provisionnel (voy., à ce sujet, l'explic. des art. 817, 819, 838, 839 et 840).

la minorité de l'un des héritiers a-t-il l'effet qu'il aurait entre majeurs?

1196. — 6° *Pour vendre des rentes sur l'État au-dessus de* 50 *fr. de revenu ou des actions de la Banque de France* (voy. le n° 1176).

III. Des actes pour lesquels la loi exige tout a la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal de première instance.

Quels sont les actes pour lesquels la loi exige tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal?

1197. — Le tuteur a besoin de l'une et de l'autre :

1° Pour *emprunter;*

2° Pour *hypothéquer;*

3° Pour *aliéner les immeubles;*

4° Pour *transiger.*

Art. 457, 458 et 459.

L'*emprunt,* la *constitution d'hypothèque* et l'*aliénation des immeubles,* ne doivent être autorisés que pour cause d'*une nécessité absolue* ou d'*un avantage évident.*

Dans quels cas et à quelles conditions le tuteur peut-il emprunter pour le mineur, hypothéquer ses immeubles ou les aliéner?

Pour cause d'une nécessité absolue... Par exemple, pour se procurer de l'argent dont on a besoin, soit pour éteindre une dette productive d'intérêts et exigible, soit pour faire des réparations urgentes, soit enfin pour procurer un établissement au mineur.

Le conseil a sur ce point un pouvoir discrétionnaire. Seulement, afin qu'il puisse délibérer en parfaite connaissance de cause, la loi veut qu'il n'accorde son autorisation qu'après qu'il a été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants pour couvrir les besoins auxquels on veut pourvoir.

Ou pour un avantage évident... Tel serait le cas où l'on trouve à emprunter, à 4 pour 100, l'argent avec lequel on va éteindre une dette contractée à 5 pour 100, qui n'est pas encore exigible, mais qui peut être remboursée dès à présent.

— Le conseil qui autorise la constitution d'hypothèque ou l'aliénation doit indiquer, par le même acte, les immeubles qui devront être hypothéqués ou vendus, et toutes les conditions qu'il juge utiles.

— L'aliénation, du reste, ne peut pas être faite *à l'amiable.* La loi exige que les immeubles soient vendus publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères, qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance ou par un notaire à ce commis, et à la suite d'une publicité acquise selon les formes et

Comment se fait la vente des immeubles?

conditions prescrites par le Code de procédure (art. 953 et s.) (voy. les *Form.* 157 à 166).

Le Code civil exigeait, pour atteindre cette publicité, trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton. Selon le Code de procédure, modifié par la loi du 2 juin 1841, il n'y a plus lieu, en général, qu'à une seule affiche apposée aux lieux désignés dans l'article 699 du même Code, sauf à donner à la vente une plus grande publicité par d'autres affiches ou par des annonces dans les journaux, suivant la nature et l'importance des biens (C. pr., art. 953 et suiv.).

Art. 460.

La règle que les immeubles du mineur ne peuvent pas être aliénés sans l'autorisation du conseil et l'homologation du tribunal ne souffre-t-elle point une exception?

1198. — La règle que les immeubles du mineur ne peuvent pas être aliénés sans l'autorisation du conseil et l'homologation du tribunal ne s'applique qu'aux aliénations *volontaires;* quant aux aliénations *forcées,* qu'on ne peut pas éviter, il est inutile de demander une autorisation que le conseil et le tribunal ne pourraient pas refuser. De là l'exception suivante : lorsqu'il s'agit de *liciter* (vendre aux enchères) un immeuble *indivis* (commun entre le mineur et une ou plusieurs autres personnes), dont les copropriétaires du mineur demandent la licitation afin de sortir de l'indivision, les règles prescrites par les articles 457 et 458 cessent d'être applicables. Le tribunal examine seulement si l'immeuble indivis est ou non susceptible d'être partagé en nature. S'il ne l'est pas, le tribunal ordonne qu'il sera vendu aux enchères. Les étrangers, de même que les copropriétaires du mineur, doivent être appelés aux enchères : la loi ne permet pas de les écarter (art. 1686 à 1688).

Art. 467.

A quelles conditions le tuteur peut-il faire une *transaction* pour le mineur?

Qu'est-ce qu'une *transaction?*

Pourquoi la loi exige-t-elle pour la transaction *l'avis de trois jurisconsultes ?*

Que faut-il ici entendre par *avis ?*

1199. — Il nous reste à dire quelques mots de la transaction.

La transaction est une convention par laquelle deux personnes préviennent ou terminent un procès au moyen de concessions réciproques (art. 2044).

Cette convention ne peut être utilement faite que par ceux qui ont une grande habitude des affaires. Il n'est point donné, en effet, à toute personne de reconnaître avec certitude l'existence et la validité d'un droit : la solution de la question de savoir s'il est ou non douteux, s'il y a lieu de faire des sacrifices, et quelles concessions il est bon de faire, exige une certaine habileté et même des connaissances juridiques qu'ont rarement les tuteurs et les assemblées de parents. Le tribunal a, sans doute, toutes les lumières nécessaires pour faire cette appréciation; mais la loi n'a pas voulu le forcer d'entrer lui-même dans tous les détails de l'affaire. De là la règle suivante : le tuteur doit, pour *transiger,* obtenir, 1° l'avis, c'est-à-dire l'assentiment ou l'adhésion, de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République (voy. la *Form.* 167); — 2° l'autorisation du conseil de famille; — 3° enfin l'homologation du tribunal.

Art. 450.

1200. — IV. Des actes qui sont absolument interdits au tuteur.

— Le tuteur ne peut pas, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal :

Quels sont les actes qui sont absolument interdits au tuteur, c'est-à-dire qu'il ne peut même pas faire avec l'autorisation du conseil et l'homologation du tribunal ?

1° *Accepter purement et simplement une succession échue au mineur* (voy. le n° 1191);

2° *Faire pour lui un* COMPROMIS (art. 1004 et 83-6° comb., C. pr.). Le compromis est un contrat par lequel deux personnes qui ont un différend conviennent de le faire juger par des arbitres au lieu de le porter devant la justice réglée;

1201. — 3° *Disposer à titre* GRATUIT, *c'est-à-dire par* DONATION, *des biens du mineur*. — Le tuteur n'a que le pouvoir d'*administrer*. Administrer un *patrimoine*, c'est le conserver, l'améliorer et le faire fructifier; or, *donner*, c'est *perdre*, c'est amoindrir sa fortune : la donation est donc juste l'inverse d'un acte d'administration. — Toutefois, on admet généralement qu'il peut faire valablement, et qu'il n'a même besoin à cet effet d'aucune autorisation, ces petites libéralités que les personnes les moins libérales ont l'habitude de faire, et qui, dans nos mœurs, sont en quelque sorte moralement obligatoires, telles que des gratifications aux domestiques, un cadeau à un précepteur ou à un proche parent;

Le tuteur ne peut-il pas faire valablement et de sa propre autorité certaines donations ?

1202. — 4° *Acheter, soit à l'amiable, soit même aux enchères, les biens mobiliers ou immobiliers de son mineur* (art. 450 et 1596). — La loi n'a pas voulu le placer entre son devoir et son intérêt. Comme tuteur, il doit s'efforcer de faire monter au plus haut le prix des biens, et, par suite, d'augmenter le plus possible la concurrence; or, s'il lui était permis d'acheter pour lui-même, son intérêt le porterait à écarter les enchérisseurs par de faux renseignements.

Pourquoi lui est-il défendu d'acheter les biens du mineur ?

Cette prohibition ne s'applique point, c'est du moins l'opinion générale, au cas où le bien mis aux enchères appartient en commun au mineur et à son tuteur. Il ne serait pas juste, en effet, que celui qui est déjà propriétaire pour partie du bien mis en vente fût privé, parce qu'il est tuteur de son copropriétaire, du droit qu'il a de conserver, par l'acquisition de l'immeuble entier, la portion dont il est déjà propriétaire (1). Dans ce cas, le tuteur, ayant un intérêt opposé à celui du mineur, devrait être remplacé, dans la procédure de vente, par un tuteur *ad hoc* (art. 460 et 838, C. civ.).

Cette prohibition ne souffre-t-elle point un tempérament ?

La loi, qui défend d'une manière absolue au tuteur d'acheter les biens de son mineur, lui permet, au contraire, de les prendre à bail ou à loyer, lorsqu'il y est autorisé par le conseil de famille. Elle a pensé sans doute que, dans certains cas, le tuteur peut être le preneur le plus convenable : il se peut, en effet, qu'il connaisse les biens, qu'il les ait déjà administrés en sa qualité d'ascendant. Il ne s'agit d'ailleurs que des fruits : si un danger existe, il ne sera jamais bien grand. — Le bail est alors passé par le subrogé tuteur (voy. la *Form*. 169).

Le tuteur peut-il *prendre à bail* les biens du mineur ? Pourquoi le lui permet-on ? Qui lui passe bail ?

(1) Voy. M. Laurent, t. XXIV, n° 45.

Pourquoi lui est-il défendu d'*acheter les créances* que des tiers peuvent avoir contre le mineur ?

1203. — 5° *Accepter la cession d'aucun droit ou créance contre le mineur.* — Cette prohibition a pour objet de mettre le mineur à l'abri des fraudes auxquelles le tuteur pourrait se livrer, s'il lui était permis de spéculer en achetant les créances que des tiers ont ou prétendent avoir contre le mineur. Ces créances sont peut-être mal établies; des titres existent peut-être qui les paralysent; peut-être même ont-elles été éteintes par le paiement qu'en a fait le débiteur auquel le mineur a succédé. Or, si le tuteur s'en rendait cessionnaire, il y aurait à craindre qu'il ne fît disparaître, afin de sauvegarder la spéculation qu'il a faite, les titres ou quittances propres à prouver l'extinction ou la nullité du droit cédé.

Pourrait-il valablement recevoir, à titre gratuit, les mêmes créances ?

1204. — Mais remarquons que la loi n'a pas entendu prohiber par là même tout événement qui est de nature à faire naître au profit du tuteur ou à lui transporter une créance contre son mineur (1). Ce qu'elle prohibe, c'est uniquement l'*achat* qu'il voudrait faire des créances que des tiers prétendent avoir contre son pupille. C'est une ***spéculation*** qu'elle a voulu atteindre. J'en conclus :

1° Que le tuteur peut recevoir par ***donation*** la créance qu'un tiers a contre le mineur;

2° Que, s'il paye avec son propre argent une dette de son pupille, il acquiert contre lui une action de gestion d'affaires, au moyen de laquelle il peut répéter le montant de ses déboursés;

Peut-il, en payant de son propre argent une dette de son mineur, stipuler la subrogation, et acquérir par cette voie la créance du créancier qu'il désintéresse ?

3° Qu'il peut même, en payant de ses propres deniers la dette de son pupille, stipuler la subrogation, et acquérir ainsi par cette voie la propre créance du créancier qu'il désintéresse (voy. la ***Form.*** 168). Si la loi défend au tuteur d'acheter des créances contre son mineur, c'est qu'elle craint qu'il ne les achète à vil prix, pour en retirer le plus grand profit possible, en faisant disparaître les quittances qui prouvent l'extinction totale ou partielle du droit qui lui a été cédé. Mais ici ce danger n'est pas à craindre : car, ainsi que nous le verrons plus tard, le subrogé ***ne peut jamais répéter que ses déboursés :*** un subrogé court la chance de perdre, jamais celle de gagner!

La subrogation est toujours un ***bon office.*** Si elle peut profiter à quelqu'un, ce ne peut être qu'au débiteur. Il faut donc, dans l'intérêt même du mineur, l'encourager au lieu d'y faire obstacle : car, si le tuteur était incapable d'assurer par elle le recouvrement de ses déboursés, il hésiterait le plus souvent à employer ses capitaux au service du mineur.

Il est vrai qu'elle peut servir à déguiser un acte de spéculation, une véritable cession, sous l'apparence mensongère d'un paiement; mais on ne prohibe pas une opération bonne en elle-même,

(1) Ainsi le tuteur pourrait acheter un droit d'usufruit sur un bien du mineur, ou, réciproquement, un bien sur lequel le mineur a un droit d'usufruit, quoi qu'il en résulte entre eux des rapports d'obligation. Voy. M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 550.

sous prétexte qu'elle peut servir à cacher un acte blâmable. Autrement, il faudrait mettre un interdit général sur tous les actes de la tutelle : car il n'en est pas un qui ne puisse fournir au tuteur un moyen caché et détourné de s'enrichir aux dépens de son mineur.

1205. — Toutefois, s'il est démontré, en fait, qu'une cession véritable, un acte de spéculation, a été déguisée sous l'apparence d'un paiement avec subrogation, les juges devront l'annuler : car ils doivent plutôt considérer la nature de l'opération que le nom que les parties lui ont donné : *non sermoni res, sed rei est sermo subjectus.*

Ce que je n'admets pas, c'est qu'on dise que la subrogation doit être annulée par cela seul qu'elle peut servir à cacher une véritable cession : on établit ainsi une présomption de fraude qui n'existe dans aucune loi, et que repousse très énergiquement le dernier alinéa de l'article 1116 (1).

Si le tuteur achète la créance qu'un tiers a contre le mineur, quel sera le sort de la cession?

1206. — Un point nous reste à examiner. La loi défend au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit contre son pupille; mais elle ne dit point quel sera le sort de la cession, si elle a lieu. De là plusieurs systèmes.

1207. — Premier système. — La cession, parfaitement valable à l'égard du cédant, est nulle dans les rapports du tuteur avec son mineur. D'où cette conséquence : la créance cédée est éteinte, sinon en droit, du moins en fait. Elle est éteinte : car elle n'appartient ni au créancier originaire, puisqu'il l'a cédée, ni au tuteur, puisqu'il n'a pu l'acquérir. C'est ainsi que le décidait la loi romaine (voy. la novelle 72), et il n'est pas probable que les rédacteurs du Code aient entendu innover sur ce point, puisqu'ils l'ont passé sous silence.

— Dans ce système, le tuteur, à raison de sa désobéissance à la loi, perd son prix de cession, tandis que le mineur se trouve libéré sans rien débourser (2).

1208. — Second système. — La cession est frappée d'une nullité *absolue*: c'est, en effet, le sort de toutes les conventions *illicites.* Ainsi, les choses sont remises au même état qu'auparavant : le tuteur se fait rendre le prix de cession qu'il a payé au cédant; celui-ci conserve sa créance contre le mineur. Le Code n'a pas reproduit la déchéance rigoureuse que la loi romaine imposait au tuteur. Il ne l'a pas reproduite : car, s'il eût eu l'intention de maintenir contre le tuteur une peine aussi sévère, il s'en serait évidemment expliqué (3).

1209. — Troisième système. — La cession n'est frappée que

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 401; *Explic. somm.*, p. 242 et 243; *Cours de Code civil*, t. I, p. 552. — Voy. aussi mon *Traité des subrogations personnelles*, p. 9; MM. Demol., t. I, n° 774; Aubry et Rau, t. I, § 116, note 6; Dem., t. II, n° 206 *bis*, VII.

(2) Bug., à son cours; Delv., t. I, p. 119; Marc., sur l'art. 452.

(3) Dur., t. III, n° 603; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 399; Zach., t. I, p. 235.

d'une nullité *relative;* c'est uniquement l'intérêt du mineur que la loi a en vue et qu'elle a voulu protéger. Ainsi, la cession est *annulable* dans l'intérêt du mineur, qui peut, à son choix, ou la tenir pour bonne, telle qu'elle a été faite, et, par suite, accepter son tuteur pour créancier; ou la faire annuler, auquel cas il reste ce qu'il était avant la cession, c'est-à-dire débiteur envers le cédant.

Si le tuteur est accepté comme cessionnaire, soit par son mineur devenu majeur, soit par le subrogé tuteur, il n'a que le droit de réclamer du débiteur cédé le prix qu'il a payé au cédant: il est en faute, et tout ce que la loi peut et doit faire pour lui, c'est que son pupille ne s'enrichisse pas à ses dépens (1).

Section IX. — Des comptes de tutelle.

Qu'entend-on par *compte de tutelle?* Que comprend-il?

1210. — I. Ce que c'est que le compte tutélaire, ce qu'il comprend. — Le compte que doit rendre le tuteur consiste dans l'exposé de sa gestion; c'est un tableau en deux parties, comprenant, l'une, les valeurs *reçues,* l'autre les valeurs *dépensées* (voy. la *Form.* 170).

Le chapitre *des recettes* doit comprendre, sans exception, non seulement les biens corporels ou incorporels que le tuteur a réellement reçus pour le mineur, mais encore les recettes qu'il n'a pas faites, si c'est par négligence qu'il a manqué de les faire.

Le chapitre *des dépenses* contient toutes celles que le tuteur prétend avoir faites dans le cours de sa gestion. Parmi ces dépenses, celles-là seulement doivent lui être allouées (c'est-à-dire mises à la charge du mineur) qui *sont suffisamment justifiées et dont l'objet a été utile.*

Art. 471.

Comment le tuteur justifie-t-il les dépenses qu'il porte en compte?

Suffisamment justifiées... Ainsi, la loi ne fixe aucun mode particulier de justification. Le tuteur prétend-il avoir fait telle dépense: c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve; mais cette preuve, il peut la faire par toute espèce de moyens, par titres, par témoins et même par de simples inductions. La loi s'en rapporte, à cet égard, à l'appréciation des magistrats. On ne pouvait pas, c'eût été entraver la gestion et nuire au mineur lui-même, forcer le tuteur à retirer des quittances de toutes les sommes, même les plus minimes, qu'il dépense quotidiennement dans le cours de son administration.

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 450; Demol., t. I, nos 767 et s.; Dem., t. II, no 206 *bis,* IV; Aubry et Rau, t. I, § 116, notes 9 et 10. — M. Valette s'est rallié en partie à ce dernier système: il en admet la première proposition, mais il rejette la seconde (*Explic. somm.*, p. 238 et suiv.; *Cours de Code civil,* t. I, p. 551). Il serait injuste, en effet, que l'acte illicite du tuteur eût pour unique résultat d'opérer, au profit du mineur, un véritable *retrait,* dans des conditions plus favorables que celles réglées par le droit commun (art. 1699). Voy. aussi M. Laurent, t. XXIV, no 54.

Et dont l'objet a été utile... — La question d'utilité est également abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats. Remarquons seulement qu'il faut, pour la juger, se placer, non pas au moment de la reddition du compte, mais au moment même de la dépense. Si elle a été utile dans le principe, le tuteur doit en être rendu indemne, alors même que l'utilité qu'elle a procurée a été plus tard détruite par suite de quelque cas fortuit ou de force majeure. Ainsi, la somme que le tuteur a dépensée pour faire des réparations nécessaires doit lui être allouée, quoique le bien sur lequel elle a été faite ait été ensuite incendié par le feu du ciel.

A quel moment faut-il se placer pour juger la question de savoir si telle dépense portée en compte a été ou non utilement faite

— L'excédant de la recette sur la dépense, ou de la dépense sur la recette, constitue le *reliquat* du compte, c'est-à-dire ce dont l'une des parties est débitrice envers l'autre. Ainsi, le tuteur peut, après le compte rendu, être débiteur ou créancier de son mineur. Toutefois, l'obligation dont il peut être tenu envers son mineur diffère, sous trois rapports, de celle dont le mineur peut être tenu envers lui :

Art. 474.

Qu'entend-on par *reliquat* de compte ?

Par qui peut être dû le reliquat ?

L'obligation dont peut être tenu le tuteur, après compte débattu, et celle dont le mineur peut être tenu envers lui, sont-elles soumises aux mêmes règles ?

1211. — 1° *Intérêts.* — Les sommes dont le tuteur est reliquataire envers son mineur produisent *de plein droit,* c'est-à-dire sans sommation ni demande, des intérêts, à compter de la clôture du compte. Il y a là une faveur, un privilège accordé au mineur : car, selon le droit commun, les créances ne deviennent, à défaut d'une convention particulière sur ce point, productives d'intérêts qu'à compter du jour où le créancier a poursuivi, *par une demande en justice,* le paiement de ce qui lui est dû (art. 1153). La loi a pensé, avec raison, que le mineur, dominé par la crainte que lui inspire son tuteur, ou retenu par la déférence qu'il lui porte, ne se décidera qu'après de longues hésitations à recourir aux voies judiciaires contre son ex-tuteur, et qu'ainsi il était juste qu'il ne fût pas victime du retard qu'il a mis à le poursuivre.

De quel jour le tuteur reliquataire doit-il les intérêts des sommes dont il est débiteur ?

Lors, au contraire, que le compte constitue le tuteur créancier du mineur, sa créance n'est pas *de plein droit* productive d'intérêts ; toutefois, la loi lui accorde un certain privilège. Ainsi que nous l'avons dit, le créancier qui veut faire courir les intérêts à son profit doit former contre son débiteur une *demande en justice* : tel est le droit commun. Mais une exception a été introduite en faveur du tuteur : il n'a pas besoin, pour rendre productive d'intérêts la créance qu'il a contre son mineur, de former contre lui *une demande en justice ;* il suffit qu'il lui fasse une simple *sommation* de payer. Avant de se résoudre à poursuivre en justice son pupille, l'ex-tuteur recourra presque toujours à une sommation, afin de le solliciter, par cette menace de poursuite, à se mettre en règle envers lui : ce retard à poursuivre est né des relations intimes qui ont existé entre le tuteur et son ex-mineur : ce n'est pas une *faute*, c'est un ménagement ! la loi, au lieu de l'entraver, a dû dès lors l'encourager, en attribuant à cette sommation l'effet qu'elle attache à une demande en justice.

Quid, si c'est le mineur qui est reliquataire ?

1212. — 2° *Hypothèque légale.* — La créance du mineur contre

son ex-tuteur est garantie par une hypothèque légale (art. 2121). — Celle du tuteur contre le mineur n'est garantie par aucune sûreté spéciale.

1213. — 3° *Contrainte par corps.* — Le tuteur reliquataire peut être contraint, *même par corps*, au paiement de ce qu'il doit (art. 126, C. pr.). Rien de semblable pour le mineur reliquataire. — Mais aujourd'hui cette troisième différence a disparu : voy. la loi du 22 juillet 1867, qui supprime la contrainte par corps en matière civile.

Art. 473.

Comment se rend le compte de tutelle ?

Quid, s'il s'élève des difficultés sur lesquelles les parties ne peuvent pas s'entendre ?

1214. — II. Comment se rend le compte de la tutelle. — Il peut être rendu : 1° à l'amiable ; 2° en justice.

A l'*amiable*, il n'est soumis à aucune formalité particulière. Ainsi, il peut être rendu, soit entre les parties, soit devant des arbitres, soit par devant notaire.

S'il s'élève quelque difficulté sur laquelle les parties ne puissent pas s'entendre, la contestation doit être portée devant le tribunal de première instance et être jugée comme les autres contestations en matière civile. Le Code a cru devoir s'expliquer sur ce point, afin d'écarter une procédure particulière et exceptionnelle qui avait été proposée au Conseil d'État.

Dans quel cas le compte doit-il être rendu en justice ?

— Le compte doit être rendu en justice, suivant les formes tracées par le Code de procédure (art. 527-542) : 1° lorsque le tuteur refuse de le rendre à l'amiable ; 2° lorsque le mineur ou ses représentants refusent de le recevoir ; 3° lorsque les parties ne s'entendent pas pour en poser les bases générales.

Art. 471.

Par qui est-il rendu ?

Tout tuteur le doit-il ?

N'y a-t-il que le tuteur proprement dit qui le doive ?

1215. — III. Par qui, a qui, quand et aux frais de qui il doit être rendu. — *Par qui...* Par tout tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif. Il doit l'être même par ceux qui, bien que n'étant point *tuteurs*, ont *de fait* géré la tutelle : car tout administrateur du bien d'autrui, quel que soit son titre, est comptable. Tels sont, par exemple : 1° la mère survivante qui, ayant refusé la tutelle, l'a cependant gérée jusqu'à la nomination du tuteur qui l'a remplacée (art. 394) ; 2° les héritiers du tuteur qui, après son décès, ont continué sa gestion jusqu'à ce qu'il ait été remplacé par un nouveau tuteur (art. 419). — Voy. encore les articles 395 et 440.

A qui et quand doit-il être rendu ?

— *A qui et quand...* La tutelle peut finir *ex parte minoris aut ex parte tutoris.*

Ex parte minoris, la tutelle finit : 1° par la mort du mineur ; 2° par son émancipation ; 3° par sa majorité.

Ex parte tutoris, elle cesse : 1° par la mort du tuteur ; 2° lorsqu'il est exclu ou destitué ; 3° lorsqu'il offre sa démission et qu'elle est acceptée ; 4° lorsque, par suite de son absence, il abandonne la tutelle. — Remarquez que, dans ces différents cas, c'est improprement qu'on dit que la tutelle a cessé. La tutelle, en effet, dure encore ; ce qui a cessé, c'est simplement la fonction, la gestion du tuteur.

L'obligation de rendre compte naît quand la tutelle cesse, soit *ex parte minoris*, soit *ex parte tutoris*.

Le compte doit être rendu par le tuteur ou par ses héritiers.

Il doit l'être aux héritiers du mineur, lorsque la tutelle a pris fin par son décès ; au mineur lui-même, assisté de son curateur, quand c'est l'émancipation qui l'a fait sortir de tutelle ; à lui-même et à lui seul, lorsqu'il est majeur ; enfin à son nouveau tuteur, et en présence de son subrogé tuteur, lorsque la tutelle a cessé *ex parte tutoris*.

Aux frais de qui ?

1216. — *Aux frais de qui*... En principe, les frais qu'occasionne le compte sont *supportés* par le mineur dans l'intérêt duquel il est rendu, et *avancés* par le tuteur qui a les fonds entre les mains. Par exception, ces frais restent à la charge du tuteur lorsque c'est son *exclusion* ou sa *destitution* qui l'a mis dans la nécessité de rendre son compte au tuteur qui l'a remplacé. Il y a eu dol ou faute de sa part : le mineur n'en doit pas souffrir.

Art. 472.

Le tuteur peut-il valablement faire avec son mineur un traité (une convention, une transaction) sur le compte qu'il a à rendre ?

Le mineur devenu majeur peut-il dispenser son tuteur de l'obligation de rendre compte ?

Peut-il accepter le compte *immédiatement* après qu'il a été rendu ?

Quel est le fondement de ces prohibitions ?

1217. — IV. Des conventions ou traités qui interviennent entre le tuteur et le mineur. — « Tout traité qui intervient entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'*ayant compte* (l'ex-mineur), dix jours au moins avant le traité » (voy. la *Form*. 170). Ainsi :

1° Le mineur devenu majeur ne peut point *dispenser le tuteur de l'obligation de rendre compte de sa gestion*. Tout traité qui intervient à cet égard est nul. La loi a craint que le mineur, que l'ascendant moral de son ex-tuteur domine encore, ne se prêtât trop facilement au sacrifice d'une portion de ses droits, afin d'avoir plus promptement la possession et la disposition de sa fortune ainsi réduite.

2° Lorsque le tuteur a dressé son compte, l'ex-mineur auquel il est présenté ne peut point *l'accepter immédiatement*. Il ne lui est point non plus permis de libérer son tuteur des obligations qui s'y rattachent, et, par exemple, du reliquat mis à sa charge, ou de transiger sur les difficultés qu'il fait naître : il n'est encore ni assez indépendant de son tuteur, ni assez éclairé sur sa gestion, pour prendre ces arrêtés ou arrangements. La loi veut qu'il ne puisse faire aucune concession, aucune transaction ou renonciation, qu'il n'ait été préalablement mis à même de traiter en parfaite connaissance de cause et avec une entière liberté. Elle exige pour cela : 1° qu'un compte détaillé des recettes et dépenses lui soit remis avec les pièces justificatives à l'appui ; 2° que ce compte et les pièces justificatives qui l'accompagnent soient restés entre ses mains pendant dix jours au moins. Jusque-là, la loi, le protégeant même au delà de la minorité, le laisse incapable de faire, avec son tuteur, aucun traité relatif à sa gestion (voy., à ce sujet, l'art. 907). Mais, après l'expiration du délai dont il vient d'être parlé, alors que l'ex-mineur est suffisamment éclairé, et que,

Quand le tuteur et le mineur peuvent-ils

faire des traités ou conventions relatifs au compte ?

nanti des titres, il est en mesure d'exiger la délivrance de ses biens, son incapacité cesse complètement : les parties, soumises désormais au droit commun, peuvent prendre entre elles tous les arrangements qu'elles jugent convenables.

De quel jour court ce délai de dix jours ?

1218. — Le délai de dix jours, pendant lequel la loi prolonge la minorité de l'ex-mineur, court à compter du jour où il a, par un récépissé, reconnu avoir reçu les pièces justificatives du compte détaillé qui lui a été présenté. Il importerait donc que ce récépissé eût date certaine ; cependant, par oubli sans doute, la loi n'exige point qu'il soit enregistré. On en conclut qu'il fait par lui-même foi de sa date.

1219. — Nous remarquerons, en terminant :

La prohibition de l'art. 472 s'applique-t-elle d'une manière générale à toute convention intervenue entre l'ex-mineur et son tuteur ?

1° Que notre article 472 et la prohibition qu'il renferme s'appliquent, non pas d'une manière générale à toute convention intervenue entre l'ex-mineur et son tuteur, mais seulement aux *traités relatifs à la gestion du tuteur*, c'est-à-dire à toute convention, à titre gratuit ou à titre onéreux, ayant pour but, avoué ou caché, direct ou indirect, de décharger le tuteur de l'obligation de rendre compte en tout ou en partie (arg. tiré de l'art. 2045). Ainsi, les conventions étrangères à cet objet, telles que la vente d'un immeuble consentie par l'ex-mineur au profit de son tuteur, ou la transaction intervenue sur une succession ouverte depuis la fin de la tutelle au profit du mineur et de son tuteur, seraient parfaitement valables, quoique faites avant l'expiration des dix jours qui ont suivi la réception des pièces justificatives du compte détaillé présenté au mineur.

La nullité des traités relatifs *à la gestion du tuteur* est-elle *absolue* ?

2° Que la nullité des traités relatifs à la gestion du tuteur est *relative*. L'ex-mineur peut seul s'en prévaloir : car c'est uniquement dans son intérêt et pour le protéger contre son tuteur qu'elle a été introduite.

Art. 475.

Par quel laps de temps se prescrivent les actions du mineur contre son tuteur ?
Pourquoi par dix et non par trente ans ?

1220. — V. De la prescription des actions du mineur contre son tuteur et du tuteur contre son mineur. — Suivant le droit commun, les actions durent *trente ans* (art. 2262).

Cette règle, si on l'eût appliquée aux obligations dont le tuteur est tenu envers son mineur, eût été extrêmement rigoureuse. La tutelle a déjà, pendant le cours de la gestion, lourdement pesé sur le tuteur : il ne serait pas juste de prolonger indéfiniment les embarras qu'elle lui a causés, en laissant subsister sur ses biens, pendant une longue série d'années, l'hypothèque à laquelle il est soumis. Ajoutez que le compte, s'il pouvait être demandé après de longues années, soulèverait mille difficultés : car les détails qu'il embrasse, outre qu'ils sont nombreux et compliqués, reposent sur de simples notes qui, le plus souvent, seraient détruites ou égarées, quelquefois même sur de simples souvenirs que le temps aurait effacés ou au moins rendus très incertains. La loi n'a pas dû laisser peser sur le tuteur, pendant les trente ans qui forment la prescription ordinaire, une aussi dangereuse responsabilité. De là l'article 475 : « Toute action du mineur contre son tuteur, *relativement*

aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, *à compter de la majorité.* »

1221. — « *Relativement aux faits de la tutelle...* » La loi fait donc une distinction. Les actions du mineur contre le tuteur sont-elles relatives à la tutelle, ont-elles leur source dans la gestion même du tuteur : elles se prescrivent *par dix ans.*

Toutes les actions du mineur contre son tuteur se prescrivent-elles par dix ans ?

Sont-elles étrangères à la tutelle, en sont-elles indépendantes, ont-elles une autre cause que la gestion du tuteur : elles se prescrivent conformément au droit commun, c'est-à-dire tantôt par trente, tantôt par cinq ans, ou même par un temps moins long, suivant les distinctions établies au Titre *De la prescription* (art. 2262, 2270, 2271 et s.).

Ainsi, lorsque, après compte arrêté, il y a un reliquat à la charge du tuteur, l'obligation de la payer n'est prescriptible que par trente ans, à partir de l'arrêté de compte. L'action *en paiement du reliquat* est, en effet, distincte de l'action *en reddition de compte :* elle n'est point relative aux faits de la tutelle, puisqu'ils ont déjà été discutés et réglés par une convention; elle naît de l'arrêté même du compte, c'est-à-dire d'un fait postérieur à la tutelle.

1222. — On applique généralement la même décision aux actions en rectification des erreurs ou omissions qui se sont glissées dans le compte. Ces actions, dit-on, ne sont point relatives aux faits de la tutelle, puisqu'elles sont nées du compte qui est intervenu après la tutelle.

Quid, quant aux actions en rectification des erreurs ou omissions qui se sont glissées dans le compte ?

Marcadé et M. Demolombe ont, sur ce point, proposé une distinction qui me paraît juste. Si l'action en rectification est de telle nature qu'on puisse l'apprécier *sans examiner à nouveau les faits de la tutelle,* comme lorsqu'il s'agit d'une simple erreur de calcul, notre article alors cesse d'être applicable. Que si, au contraire, l'action ne peut être appréciée qu'à la condition de revenir sur le passé, de scruter à nouveau la gestion du tuteur, comme lorsqu'il s'agit d'établir que telle somme par lui reçue n'a pas été portée en recette, il est alors vrai de dire qu'elle est *relative aux faits de la tutelle,* et, par suite, qu'elle doit être régie par notre article ; et il faut bien qu'il en soit ainsi : car comment le tuteur pourrait-il la combattre ? Par des notes ou des pièces justificatives ? Mais, après dix ans, la loi suppose avec raison que ces pièces n'existent plus (1) !

1223. — Supposons que le tuteur soit, envers le mineur, débiteur d'une dette qui a pris naissance avant la tutelle; supposons encore qu'il est devenu, pendant le cours de sa gestion, l'héritier d'un débiteur du mineur : la dette dont il est tenu en cette qualité est-elle prescriptible par dix ans, conformément à notre article 475, ou par trente ans, selon le droit commun ? — Quelques personnes distinguent :

Si le tuteur était envers son mineur tenu d'une dette antérieurement à la tutelle, cette dette se prescrit-elle par dix ou par trente ans ?

(1) En ce sens, MM. Val., *Explic. somm.*, p. 299 ; Dem., n° 239 *bis*, I; Aubry et Rau, t. I, § 121, note 41 ; Laurent, t. V, n° 190.

Si la dette du tuteur n'est devenue exigible qu'après la cessation de la tutelle, évidemment on ne peut pas dire qu'elle est entrée dans sa gestion, puisqu'il n'a pas été obligé de la payer et d'en faire emploi pour le compte de son mineur. Elle n'a point son origine dans la tutelle : elle est donc prescriptible suivant le droit commun.

Il en est différemment dans le cas où elle est devenue exigible pendant la tutelle : car le tuteur, ayant dû se la payer à lui-même et la porter en recette, en est désormais comptable en sa qualité de *tuteur*. Elle est entrée dans sa gestion : notre article la régit, par conséquent (1).

De quel jour courent les dix ans après lesquels les actions relatives aux faits de tutelle se trouvent prescrites ?

1224. — « *A compter de sa majorité...* » Ainsi, lorsque la tutelle a cessé *ex parte tutoris* ou par l'émancipation du mineur, les dix ans courent, non pas du jour où la tutelle a pris fin, mais seulement du jour de la majorité du mineur. — Il est bien entendu, au reste, qu'au cas où la tutelle cesse par la mort du mineur, les dix ans courent contre ses héritiers majeurs dès le jour même de son décès.

Par quel laps de temps se prescrivent les actions du tuteur contre le mineur ?

1225. — Les actions qui peuvent compéter au tuteur contre son mineur sont prescriptibles selon le droit commun : elles peuvent donc durer trente ans. Les motifs qui ont fait restreindre à dix ans l'action du mineur contre son tuteur ne se rencontrent point dans ce cas. D'ailleurs, notre article est formel : l'exception qu'il introduit n'a trait qu'aux actions du mineur *contre son tuteur*. Ainsi, le tuteur qui ne peut plus, après dix ans, être contraint de rendre ses comptes, peut, au contraire, quand il y a intérêt, forcer son ex-mineur de les recevoir.

Art. 470.

Outre le compte que le tuteur doit rendre à la fin de la tutelle, ne peut-il pas être astreint à remettre au subrogé tuteur, pendant le cours de la tutelle, des états de situation de sa gestion ? Peut-il être astreint à en fournir plus d'un chaque année ?

1226. — VI. DES COMPTES PRÉPARATOIRES DU COMPTE DÉFINITIF, OU DES ÉTATS DE SITUATION QUE LE TUTEUR PEUT ÊTRE OBLIGÉ DE FOURNIR PENDANT LE COURS DE SA GESTION. — Outre le compte définitif que tout tuteur doit rendre quand cessent ses fonctions, les tuteurs, *autres que le père ou la mère,* peuvent être tenus, pendant le cours de la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de leur gestion, aux époques fixées par le conseil de famille, sans qu'ils puissent être astreints à en fournir plus d'un chaque année : des comptes trop souvent répétés auraient entravé le tuteur dans son administration.

(1) Delv., t. I, p. 125, et t. III, p. 547.

Cette distinction est généralement rejetée. « Qu'importe, dit-on, que la dette soit devenue exigible pendant la tutelle? Toujours est-il qu'elle n'a point sa cause première, son origine, dans la gestion du tuteur. Qu'on dise, si l'on veut, qu'il en est tenu, dans ce cas, *comme tuteur ;* mais cela n'empêche point qu'il n'en soit déjà tenu, en sa qualité de *débiteur,* et abstraction faite de sa qualité de tuteur. Il est donc tenu tout à la fois comme *tuteur* et comme *débiteur :* comme *tuteur,* il est soumis à l'hypothèque, mais son obligation est prescriptible par dix ans; comme *débiteur,* son obligation dure trente ans, mais sans hypothèque légale. » — En ce sens, MM. Dur., t. III, n° 645, et t. XXI, n° 293; Demol., t. II, n°s 170 à 173; Val., *Explic. somm.*, p. 301; Aubry et Rau, t. I, § 121, note 48; Laurent, t. V, n° 186. Voy. aussi l'arrêt de cassation, du 16 avril 1851 (Sir., 51, 1, 526).

Ces états, ou comptes sommaires ou abrégés, ont un double avantage : 1° ils préparent les éléments du compte définitif; 2° ils mettent le subrogé tuteur à même de surveiller plus sûrement et plus facilement la gestion du tuteur.

Quelle est l'utilité de ces états de situation ?

Afin de les rendre moins onéreux pour le mineur, la loi veut qu'ils soient rédigés et remis sans frais, sur papier non timbré et sans aucune formalité de justice (voy. la *Form.* 171).

1227. — Le survivant des père et mère ne peut pas être astreint à fournir des états de situation : sa qualité de père ou de mère exclut la défiance. — Toutefois, si sa gestion est jugée plus tard compromettante, le conseil de famille pourrait évidemment l'astreindre à cette mesure conservatrice : car, pouvant le destituer, il peut, à plus forte raison, prendre contre lui les mesures que sa mauvaise administration rend nécessaires.

Tout tuteur peut-il être astreint à en fournir?

CHAPITRE III. — De l'émancipation.

27e *Répétition*

I. *Sa nature, ses effets généraux, ses espèces.*

1228. — L'émancipation est *un acte juridique dont l'effet est d'affranchir un mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle, et, par suite, de lui donner le droit de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens.*

Qu'est-ce que l'*émancipation ?*

Un acte juridique... L'acte auquel cet effet est attaché consiste dans le mariage du mineur, ou dans une déclaration faite solennellement par son père ou sa mère et, à leur défaut, par son conseil de famille.

Ainsi, la loi reconnaît deux espèces d'émancipation : l'émancipation *légale* ou *tacite* et l'émancipation *expresse*. — L'émancipation *expresse* est celle qui résulte de la déclaration solennelle faite à cet effet par les personnes qui ont reçu de la loi le pouvoir d'émanciper. — L'émancipation *tacite* est celle qui résulte de plein droit du mariage du mineur.

Combien la loi en reconnaît-elle d'espèces ?

Qu'est-ce que l'émancipation *expresse ?*

En donnant leur consentement à son mariage, ses parents reconnaissent implicitement qu'il a une maturité d'esprit suffisante pour être en état de gouverner sa personne et d'administrer ses biens. L'état de mineur en tutelle n'est point d'ailleurs compatible avec la qualité d'époux. On ne peut pas, en effet, sans tomber dans la contradiction la plus manifeste, laisser sous l'autorité et la garde d'autrui celui qui est appelé à exercer la puissance maritale, et bientôt peut-être la puissance paternelle. Quant à la femme mineure, l'autorité qu'a son mari sur elle est, par sa nature même, exclusive de toute autre puissance.

Art. 476.

Qu'est-ce que l'émancipation *tacite ?*

Pourquoi le mariage entraîne-t-il nécessairement l'émancipation des époux mineurs ?

L'émancipation est donc *de l'essence* du mariage. De là cette double conséquence : 1° le mariage emporte l'émancipation des époux, *nonobstant toute stipulation contraire;* 2° le mariage éman-

Quid, si les futurs époux déclarent en se mariant qu'ils refusent

le bénéfice de l'émancipation? *Quid*, s'ils ont moins de quinze ans ?

cipe les époux, si jeunes qu'ils soient, et alors même qu'ils ont moins de quinze ans, ce qui a lieu dans le cas où ils se marient avant cet âge, en vertu d'une dispense accordée par le chef de l'État.

La dissolution du mariage fait-elle cesser l'émancipation ?

1229. — La dissolution du mariage ne fait point cesser l'émancipation. Elle n'efface point, en effet, l'induction que la loi a tirée du consentement que les parents du mineur ont donné à son mariage. Ainsi, l'émancipation tacite est irrévocable. Nous verrons bientôt qu'il en est différemment de l'émancipation expresse (voy. les nos 1259 et s.).

Quels sont les effets de l'émancipation ?

1230. — *Dont l'effet est d'affranchir le mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle...* Ajoutons : ou tout à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle. L'émancipation, en effet, affranchit le mineur :

De la puissance paternelle seulement, lorsqu'il est émancipé *pendant le mariage de ses père et mère :* car l'enfant mineur dont les père et mère sont vivants n'est point en tutelle (voy. le no 1074) ;

De la tutelle seulement, lorsqu'il est émancipé après la mort de ses père et mère ;

Et enfin de la puissance paternelle et de la tutelle, lorsqu'il est émancipé par le survivant de ses père et mère.

1231. — *Le droit de se gouverner lui-même...* Ainsi, l'émancipé est affranchi du droit de garde et de correction : il peut fixer son domicile où bon lui semble et se conduire comme il l'entend. Toutefois, il n'est pas absolument maître de disposer de sa personne : car, bien qu'émancipé, il ne lui est point permis de se marier sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille.

Quelle différence y a-t-il entre un mineur émancipé et un majeur?

1232. — *Et d'administrer ses biens...* Sa condition diffère, sous ce rapport, et de celle d'un majeur et de celle d'un mineur ordinaire.

Le *majeur* a une capacité pleine et entière : il fait seul, et sans aucun guide pour le protéger, tous les actes d'administration ou de disposition, même les plus étendus, tels que les actes d'aliénation d'immeubles ou de constitution d'hypothèques : sa capacité n'a point de limites.

Le mineur émancipé, au contraire, n'a qu'une demi-capacité. Il fait seul certains actes peu importants, que la loi appelle *actes de pure administration ;* mais, pour tout autre acte, il ne lui est plus permis d'agir seul : la loi place à côté de lui un protecteur qui le conseille et le dirige, c'est-à-dire un *curateur qui l'assiste.* L'assistance de son curateur ne suffit même pas toujours pour l'habiliter : dans certains cas, la loi exige qu'il obtienne, en outre, soit l'autorisation de son conseil de famille, soit tout à la fois l'autorisation de son conseil et l'homologation du tribunal.

Entre un mineur émancipé et un mineur non émancipé ?

1233. — *Le mineur ordinaire* est *en tutelle.* Ce n'est pas lui qui administre ses biens ; il n'agit point, il ne fait rien par lui-même : son tuteur le représente (voy. le no 1165).

Le mineur émancipé, au contraire, est affranchi de la tutelle; on lui donne non plus un *tuteur,* mais un *curateur*. A la différence du *tuteur,* qui agit, qui fonctionne, pour le mineur dont il est le représentant, le *curateur ne représente point* le mineur émancipé, il l'*assiste* seulement. Ainsi, c'est lui, mineur émancipé, qui fait lui-même en personne tous les actes qui l'intéressent. Son curateur le conseille, le dirige, mais *ne le remplace point*. Dans certains cas même, le mineur émancipé agit seul, de son propre mouvement et sans aucune assistance.

Son émancipation l'initie ainsi au maniement des affaires : c'est une espèce d'éducation civile, de stage administratif par lequel on le fait prudemment passer, afin de ne pas le livrer trop brusquement à lui-même lorsqu'il arrive à sa majorité.

1233 *bis*. — En résumé, l'émancipation confère au mineur :

Quels droits l'émancipation confère-t-elle au mineur ?

1° Le gouvernement de sa personne, et, par suite, la faculté de résider où bon lui semble, et de se choisir un domicile particulier (voy. le n° 1231);

2° Le droit d'administrer lui-même ses biens, ce qui emporte, par voie de conséquence, l'extinction de l'usufruit légal (voy. les n°s 1232 et 1065);

3° L'aptitude à devenir commerçant (art. 2, C. comm.).

II. *Des personnes auxquelles est conféré le droit d'émancipation.*

Art. 477.

A qui appartient le droit d'émanciper, lorsque l'enfant a ses père et mère ?

1234. — La loi distingue à cet égard si l'enfant a encore ses père et mère, s'il n'a que l'un d'eux, ou s'il les a perdus l'un et l'autre.

Premier cas. — *L'enfant a encore ses père et mère.* — Le droit de l'émanciper appartient exclusivement au père. Le père peut exercer ce droit souverainement, c'est-à-dire sans le concours de sa femme.

Quid, s'il a perdu son père ou sa mère ?
Quid, pourtant, si le survivant de ses père et mère n'est point son tuteur ?

Second cas. — *L'enfant a perdu son père et sa mère.* — Le droit de consentir à l'émancipation appartient au survivant quel qu'il soit. Peu importe qu'il soit ou qu'il ne soit pas le tuteur de l'enfant : car le droit d'émancipation est une prérogative inhérente à la puissance paternelle. Ainsi, par exemple, la mère qui s'est remariée sans satisfaire à l'article 395, et qui, par suite, a perdu la tutelle de son enfant, a néanmoins le droit de l'émanciper.

Art. 478 et 479.

Quid, s'il a perdu son père et sa mère ? Son tuteur a-t-il le droit de l'émanciper ? Quel droit a-t-il ?

Troisième cas. — *L'enfant a perdu son père et sa mère.* — Le droit de l'émanciper n'appartient ni à ses ascendants, considérés individuellement, ni à son tuteur : la loi le confère à son conseil de famille.

Ainsi, le tuteur n'accorde point lui-même l'émancipation; mais il peut la provoquer, c'est-à-dire la proposer au conseil. S'il requiert à cet effet sa convocation, le juge de paix est tenu d'y faire droit.

Quid, s'il reste dans l'inaction ?

Il y avait un danger à craindre. Il se peut que le tuteur, par

négligence, peut-être par indifférence, ou même par le désir de retarder le plus longtemps possible la restitution des capitaux dont il a eu le maniement, reste dans l'inaction; mais la loi a tout prévu : les ascendants de l'enfant, ainsi que ses collatéraux et ses alliés jusqu'au degré de cousin germain, peuvent, lorsque le tuteur n'agit point et qu'ils jugent le mineur capable d'être émancipé, requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. Le juge de paix est tenu de faire droit à leur réquisition.

Faut-il dire, d'une manière générale, que les ascendants n'ont pas le droit d'émanciper leur enfant?

— Les ascendants, considérés individuellement, n'ont point, ai-je dit, le droit d'émanciper leur descendant. Mais cela ne doit s'entendre que de l'émancipation *expresse :* car, investis qu'ils sont du droit de consentir à son mariage, ils ont par là même le pouvoir de l'émanciper ***tacitement.***

Art. 477.

L'art. 477 porte que le mineur peut être émancipé « par son père, ou, à *défaut de père*, par sa mère » : quel est le sens de ces mots *à défaut de père*?
La mère n'a-t-elle le droit d'émanciper que lorsque le père est *mort ?*
Le peut-elle, au contraire, lorsqu'il est vivant, mais ***interdit*** ou *absent ?*

1235. — *Questions controversées.* — Première question. — L'article 477 porte que le mineur peut être émancipé « par son père, ou, à défaut de père, par sa mère ». On s'est demandé, à ce sujet, quel est le sens de ces mots *à défaut de père.* Faut-il les entendre en ce sens restreint que le droit d'émancipation n'appartient à la mère que dans le cas où le père est *mort ?* Ou bien faut-il les entendre en ce sens absolu, que ce droit passe à la mère toutes les fois que le père est *dans l'impossibilité de l'exercer lui-même ?* Ainsi, l'a-t-elle lorsque le père *encore vivant* est *interdit* ou *absent?*

1236. — Premier système. — La question doit être résolue par une distinction :

L'enfant a-t-il quinze ans, mais moins de dix-huit; la mère ne peut point l'émanciper : car l'émancipation qu'elle accorderait aurait pour effet de dépouiller le père de *l'usufruit légal* qu'il conserve, bien qu'absent ou interdit, sur les biens de son enfant.

A-t-il dix-huit ans au moins : la mère peut l'émanciper : car alors, le père n'étant pas investi du droit de jouissance légale, l'émancipation ne lui fait aucun préjudice (1).

1237. — Second système. — La mère peut émanciper l'enfant, quoiqu'il n'ait pas encore dix-huit ans; mais l'émancipation qu'elle accorde n'éteint pas l'usufruit du père (2).

1238. — Ces distinctions et restrictions, a-t-on répondu, sont purement arbitraires. Si la mère peut, par l'émancipation qu'elle accorde à son enfant âgé de moins de dix-huit ans, anéantir les droits de puissance paternelle, d'éducation, de garde et de correction, qui résident encore dans la personne du père, pourquoi en serait-il autrement du droit d'usufruit? Quelle raison y a-t-il de protéger ce droit *pécuniaire,* alors qu'on sacrifie d'autres droits plus importants et plus précieux ?

Et d'ailleurs, de deux choses l'une :

(1) M. Bug., à son cours; Marc., sur l'art. 477.
(2) M. Dur., t. III, n° 655.

Ou les mots *à défaut de père,* employés par la loi, signifient : *lorsque le père est mort,* — et alors, *tant qu'il est vivant,* la mère n'a pas le droit d'émanciper ;

Ou ils ont ce sens général et absolu : lorsque le père est dans l'*impossibilité d'émanciper lui-même,* — et alors la mère peut faire, du vivant de son mari, dans le cas où il est absent ou interdit, une émancipation valable, et, par suite, susceptible de produire tous les effets civils qui lui sont propres.

1239. — Troisième système. — Les mots *à défaut de père* ont un sens restreint, et applicable seulement au cas où le père *est mort.* Ainsi, tant que le père vit, quoique absent ou interdit, la mère n'a pas le droit d'émanciper : car l'émancipation qu'elle accorderait aurait pour effet d'anéantir un droit dont elle n'a pas la disposition, la puissance paternelle qui réside dans la personne de son mari.

Le texte de la loi confirme ce système. Dans quel cas, en effet, le mineur peut-il être émancipé par sa mère ? Est-ce à défaut du père ? Non ! c'est seulement à défaut de père. Or, dire que le mineur peut, à défaut de père, être émancipé par la mère, c'est évidemment dire qu'il peut l'être par elle, quand *il n'a plus de père* (1).

1240. — Quatrième système. — Les mots *à défaut de père* ont un sens absolu. Ils signifient : lorsque le père est dans l'impossibilité d'user lui-même de son droit d'émanciper. Ainsi, lorsqu'il est absent ou interdit, la mère peut valablement concéder à son enfant le bénéfice de l'émancipation.

Plusieurs raisons ont été données à l'appui de ce dernier système :

1° Aux termes de l'article 141, la mère remplace le père absent, dans l'exercice de la puissance paternelle *quant à l'éducation et à l'administration des biens de ses enfants;* or, en faisant cette énumération des attributs de la puissance paternelle dont elle investit la mère, en cas d'absence du mari, la loi n'a pas entendu faire une énumération limitative : en l'appelant à remplacer son mari quant aux droits si précieux d'*éducation* et d'*administration,* elle l'habilite par là même à exercer tous les droits que comporte la puissance paternelle.

2° L'article 2 du Code de commerce est conçu dans cet esprit. Il y est dit, en effet, qu'*en cas de décès, interdiction ou absence du père,* la mère peut *autoriser* le mineur émancipé à faire le commerce. Cette autorisation n'est au fond qu'une émancipation, qui, s'ajoutant à l'émancipation ordinaire qu'avait déjà obtenue l'enfant, la complète et l'étend. Or, si, lorsque le père est absent ou interdit, la mère peut faire de son enfant émancipé un *majeur* pour tous les actes du commerce qu'il veut entreprendre (art. 487), pourquoi

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 425.

en serait-il différemment lorsqu'il s'agit de lui accorder le bénéfice d'une simple émancipation (1) ?

3° La puissance paternelle est plutôt un *devoir* qu'un *droit :* elle a pour objet l'intérêt de l'enfant bien plus que l'intérêt du père (voy. le n° 1023). C'est donc faire un contre-sens et méconnaître la loi que refuser à la mère le droit d'émanciper l'enfant, sous le prétexte que l'émancipation qu'elle accorderait ferait préjudice au père interdit ou absent. La puissance paternelle n'a plus de cause, elle doit cesser, dès qu'il est démontré qu'au lieu d'être utile à l'enfant, elle ne fait plus que lui nuire par les entraves qu'elle apporte aux projets d'établissement qu'il a formés sous l'œil et avec l'assentiment de sa mère, qui, dans l'espèce, est seule en état de le protéger (2).

Art. 478.

L'art. 478 porte que le mineur *resté sans père ni mère* peut être émancipé par son conseil de famille : que faut-il décider dans le cas où ses père et mère sont encore vivants, mais absents ou interdits ?

1241. — SECONDE QUESTION. — L'article 478 porte que le mineur *sans père ni mère* peut être émancipé par son conseil de famille : que faut-il donc décider dans le cas où ses père et mère sont l'un et l'autre vivants, mais *absents* ou *interdits ?*

Ceux qui admettent que la mère ne peut point, *du vivant du père,* émanciper l'enfant, admettent également et par *a fortiori* que, du vivant des père et mère, le droit d'émancipation n'appartient point au conseil de famille. L'article 478 est formel, ses termes sont clairs et non susceptibles de sens divers : le droit d'émanciper passe au conseil de famille lorsque l'enfant *est resté sans père ni mère,* c'est-à-dire évidemment lorsque ses père et mère *sont décédés.* Dire que le conseil de famille peut émanciper en dehors de cette hypothèse, ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire.

Ceux, au contraire, qui sont d'avis qu'en cas d'absence ou

(1) Mais, peut-on répondre, par une bonne raison !

L'émancipation ordinaire accordée par la mère aurait pour effet de dépouiller le père des droits d'éducation, de garde, de correction et d'usufruit, que la loi lui confère sur la personne et sur les biens de l'enfant.

L'autorisation de faire le commerce, accordée par la mère à l'enfant *qui est déjà émancipé* (c'est l'hypothèse réglée par l'art. 2 du C. de comm.), ne fait aucun préjudice au père ; elle ne le dépouille d'aucun droit.

Les deux hypothèses étant essentiellement différentes, la loi a bien pu, elle a dû même, les régir par des principes différents.

Ainsi, on répondra toujours aux arguments tirés de l'art. 141 C. civ., et de l'art. 2, C. comm., que la mère peut *exercer* les droits du père interdit ou absent, mais que son pouvoir ne comporte pas le droit de les *anéantir :* car, en définitive, elle n'est que le mandataire de son mari.

Elle peut, il est vrai, le dépouiller de tous ses droits, en consentant au mariage de son enfant; mais il ne faut voir là qu'une exception justifiée par la faveur du mariage.

(2) MM. Aubry et Rau, t. I, § 129, note 10; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 477; Demol., t. II, nos 206 et suiv. ; Laurent, t. V, nos 201, 302 et 303. — M. Valette s'est rallié à cette opinion (*Explic. somm.*, p. 305 et s.; *Cours de Code civil*, t. I, p. 584). Demante (t. II, n° 243 *bis*, III) la suit également ; mais, selon ce dernier auteur, la mère ne peut, en ce cas, exercer son droit qu'après avoir obtenu de la justice une autorisation à cet effet.

d'interdiction du père, la mère peut émanciper, attribuent le même droit au conseil de famille, lorsque les père et mère sont l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté (1).

Dans un troisième système on distingue :

Si les père et mère sont l'un et l'autre vivants, l'émancipation est impossible : car alors l'enfant n'a point de conseil de famille : le conseil de famille n'existe, en effet, qu'avec la tutelle, et la tutelle ne s'ouvre point du vivant des père et mère (voy. le n° 1074) ;

Que si l'un des père et mère est décédé, l'enfant alors, étant en tutelle, a un conseil de famille, qui peut l'émanciper, lorsque le survivant de ses père et mère est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (2).

1242. — Troisième question. — Lorsque les personnes qui ont le droit de requérir du juge de paix la convocation du conseil pour l'émancipation du mineur (voy. l'art. 479) restent dans l'inaction, le mineur peut-il faire lui-même cette réquisition ? le juge de paix doit-il déférer à sa demande ? S'il ne le *doit* pas, ne le *peut*-il pas au moins ?

Le mineur peut-il requérir lui-même du juge de paix la convocation du conseil de famille, et demander son émancipation ?
Le juge de paix *doit*-il déférer à sa demande ?
S'il ne le *doit* pas, ne le *peut*-il pas au moins ?

On décide généralement que le mineur n'a pas ce droit de réquisition. La loi l'a conféré *spécialement* à certaines personnes qu'elle a pris soin de désigner : elles seules, par conséquent, en sont investies.

Ainsi, lorsque le mineur requiert la convocation de son conseil, le juge de paix *n'est pas tenu* de faire droit à sa réquisition.

Mais, si le mineur l'*invite* à faire cette convocation, le juge de paix *peut*-il la faire ?

Cela revient à demander si le juge de paix peut, *d'office*, convoquer le conseil et l'appeler à délibérer sur la question de savoir si l'enfant sera ou non émancipé. L'affirmative est soutenue. Le juge de paix, étant, dit-on, spécialement chargé de veiller aux intérêts du mineur, doit, par là même, avoir le droit d'assembler le conseil toutes les fois qu'il le juge nécessaire (3).

M. Duranton est d'un avis opposé. La loi, dit-il, a déterminé, précisé les cas dans lesquels elle accorde au juge de paix le droit de convoquer d'office le conseil (art. 406, 421 et 446) : donc, en dehors de ces cas, il n'est point investi de ce droit. — Les lois qui touchent à l'état des personnes, et, par suite, à l'organisation de la famille, sont d'ordre public : elles demandent donc une grande réserve dans leur interprétation. Ce n'est pas aux juges qu'appartient le droit de combler leurs lacunes ou de corriger leurs imperfections. Cette œuvre est essentiellement *législative* (4).

(1) MM. Demol., t. II, n°s 223 et s. ; Val., *Explic. somm.*, p. 309; Dem., t. II, n° 244 *bis*.

(2) Marc., sur l'art. 478.

(3) M. Demol., t. II, n°s 218 et 219 ; Dem., t. II, n° 245 *bis*.

(4) « La question, disent MM. Aubry et Rau, se réduit au point de savoir si le juge de paix pourrait prononcer une amende contre les personnes qu'il au-

III. *A quel âge l'enfant peut être émancipé.*

Art. 477 et 478.

A quel âge un enfant peut-il être émancipé ?

1243. — La loi fait ici encore une distinction. L'enfant qui a ses père et mère, ou l'un d'eux seulement, peut être émancipé à quinze ans révolus.

Celui qui n'a plus ni père ni mère ne peut l'être qu'à dix-huit ans, également révolus.

Pourquoi peut-il l'être à quinze ans par son père ou sa mère, tandis qu'il ne peut l'être qu'à dix-huit, lorsqu'il a un tuteur ordinaire ?

Cette distinction n'a rien d'arbitraire. Lorsque l'enfant est sous l'autorité paternelle ou maternelle, il n'y a pas à craindre que son père ou sa mère fasse une émancipation prématurée : l'affection éclairée qu'ils portent à leur enfant, l'intérêt qu'ils ont à conserver leur puissance et avec elle les attributs et les avantages qu'elle comporte, sont une garantie contre ce danger. Il n'en est plus de même lorsque l'enfant est sous la puissance d'un tuteur étranger : la loi a dû craindre qu'il ne cherchât dans une émancipation prématurée le moyen de se décharger indirectement du fardeau de la tutelle.

IV. *De la forme de l'émancipation.*

Comment se fait l'émancipation ?

1244. — L'émancipation accordée par le père ou la mère résulte de la seule déclaration faite par l'émancipant devant le juge de paix. — Celle qui est accordée par le conseil de famille résulte de la délibération qui l'autorise, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil, a faite dans le même acte que le mineur est émancipé (voy. les *Form.* 172 à 174).

V. *De la nomination d'un curateur au mineur émancipé.*

La curatelle du mineur émancipé est-elle *légitime* ou *dative?*

1245. — Le mari, lorsqu'il est majeur, est de plein droit le curateur de sa femme mineure émancipée. S'il est mineur lui-même, ou si, étant majeur, il refuse de l'assister, elle ne reçoit point pour cela un curateur général, *ad omnes res :* car l'autorité de ce curateur se concilierait mal avec la puissance du mari. Le tribunal lui nomme alors un curateur *ad hoc,* pour chaque affaire particulière (arg. tiré de l'art. 2208. — Voy. ci-dessus le n° 780, note) (1).

rait convoquées d'office, puisque l'émancipation prononcée à la suite d'une pareille convocation n'en serait pas moins valable. Or, réduite à ces termes, la question nous paraît devoir être résolue négativement » (t. I, § 129, p. 542, note 12). — Comp. M. Laurent, t. V, n° 206.

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 441 ; Dem., t. II, n° 248 *bis*, III ; M. Demol., t. II, n° 233. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1868 (Sir., 68, 1, 441). — « La femme devant être autorisée, dit M. Laurent (t. V,

1246. — La curatelle du mari est la seule qui soit *légitime*. Toute autre curatelle est *dative* (1).

La loi, en effet, ne nomme point le curateur comme elle nomme le tuteur. Le premier projet du Code déférait de plein droit la curatelle au tuteur sortant de charge par suite de l'émancipation; mais cette disposition a été rejetée. Ainsi, le père lui-même n'a pas de plein droit la curatelle de l'enfant qu'il émancipe; mais, bien entendu, le conseil de famille peut la lui déférer.

Art. 480.

Le curateur nommé pour assister le mineur émancipé dans la réception du compte de tutelle, est-il nécessairement nommé pour rester jusqu'à la majorité de l'émancipé?

1247. — Remarquons que le curateur qui est nommé pour assister le mineur émancipé dans la réception du compte de tutelle n'est pas nécessairement nommé pour rester jusqu'à la majorité du mineur : autrement, il faudrait dire, ce qui serait absurde, que le tuteur sortant de charge, *fût-ce le père ou la mère,* est, par cela même qu'il est tenu de rendre son compte, exclu pour toujours de la curatelle! Le conseil de famille peut donc, lorsqu'il le juge convenable, nommer un curateur *ad hoc* pour la réception du compte, et choisir pour curateur général et permanent le tuteur sortant de charge.

VI. *De l'administration des biens par le mineur émancipé.*

Quelle est l'étendue de la capacité du mineur émancipé?

1248. — Bien qu'émancipé, le mineur n'a pas encore assez d'expérience pour qu'on lui confie sans restriction le libre exercice de ses droits; la loi, toujours prudente, a gradué, d'après l'importance des actes, la capacité qu'elle lui confère. Ainsi, elle distingue :

1° Les actes que le mineur peut faire seul;

2° Ceux pour lesquels l'assistance de son curateur est nécessaire, mais suffisante;

3° Ceux qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur et l'autorisation de son conseil de famille;

4° Ceux qui exigent, outre l'assistance de son curateur et l'autorisation de son conseil, l'homologation du tribunal;

5° Ceux enfin qui lui sont complètement interdits.

Quels sont les actes qu'il peut faire seul? Combien en distingue-t-on d'espèces?

1249. — Première catégorie. — *Actes qu'il peut faire seul.* — Cette première catégorie se subdivise elle-même en deux sous-catégories. La première comprend les actes à l'égard desquels l'émancipé qui les a faits est traité *comme un majeur.* Ces actes ont donc la même force, la même solidité, que s'il les avait faits en majorité.

La seconde embrasse certains actes qu'il est capable de faire

n° 209), il est inutile qu'elle soit de plus assistée. Cela explique le silence du Code sur la curatelle légale de la femme mariée : il n'en parle pas parce qu'elle est inutile. »

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 440; *Explic. somm.*, p. 312; Dur., t. III, n° 678; Demol., t. II, n° 242; Aubry et Rau, t. I, § 131, note 1 à 3; Dem., t. II, n° 248; Laurent, t. V, n° 208.

seul, mais dont il peut obtenir *la réduction pour cause d'excès.*

Art. 481.

Quels sont ceux qu'il peut faire seul et pour lesquels il n'est restituable que dans le cas où un majeur le serait lui-même ?

Peut-il aliéner son mobilier ?

Peut-il recevoir ses *capitaux ?*

1250. — 1° *Actes que l'émancipé peut faire seul avec toute la solidité qu'ils auraient s'il les faisait en majorité, pour lesquels, en un mot, il n'est restituable que dans les cas où un majeur le serait lui-même.* — L'émancipé peut, en général, faire seul, et avec autant de solidité que s'il était majeur, tous les actes *de pure administration.* Ainsi, il peut passer seul les baux dont la durée n'excède pas neuf ans (voy. la *Form.* 175), recevoir ses revenus et en donner décharge, vendre ses récoltes et en toucher le prix.

Il peut aussi aliéner, à titre onéreux, son mobilier. Toutefois, la loi ne lui confie point la disposition de ses *capitaux :* il ne peut les recevoir et en donner quittance qu'avec l'assistance de son curateur.

Quid, quant aux actions qui ont pour objet un *capital ?*

La même distinction a été faite en ce qui touche l'exercice de ses actions *mobilières.* Maître de disposer de son mobilier, il peut intenter seul toute action mobilière ou y défendre (art. 482, arg. *a contrario*). Mais, a-t-on dit, il faut excepter de cette règle le cas où l'action à intenter a pour objet un *capital* en argent : car, puisqu'il est incapable de disposer seul de ses capitaux, il est par là même inhabile à figurer seul dans les procès où ils sont engagés. Ainsi, quant aux actions relatives à ses capitaux, bien qu'elles soient mobilières, il lui faut, pour les intenter ou pour y défendre, l'assistance de son curateur (1).

Art. 481, 2e alinéa.

Quels sont les actes qu'il peut faire seul, mais dont il peut obtenir la réduction pour cause d'*excès ?*

1251. — 2° *Actes que l'émancipé peut faire seul, mais dont il peut obtenir la réduction pour cause d'excès.* — En principe, les actes de pure administration faits par l'émancipé ont autant de solidité que s'il les avait faits en majorité : il n'est restituable contre eux que dans les cas où un majeur le serait lui-même, c'est-à-dire pour cause d'erreur, de violence ou de dol. Lorsqu'ils sont exempts de ces vices, ils ne peuvent ni être annulés pour cause d'incapacité, ni être réduits pour cause d'excès. Tel est le principe. Mais la loi y apporte un tempérament. Parmi les actes de pure administration, il en est quelques-uns pour lesquels l'émancipé jouit d'un certain privilège, qu'on appelle *privilège de réduction.* Quoique faits par le mineur seul, ils sont réguliers et valables, mais *réductibles pour cause d'excès.*

Quels actes la loi entend-elle désigner sous ces expressions génériques: par *achat ou autrement ?*

A quels signes reconnaître cette espèce d'actes? La loi ne les a pas suffisamment caractérisés. « Les obligations que l'émancipé a contractées *par achat ou autrement,* sont, dit-elle, réductibles en cas d'excès. » Elle ajoute que « le tribunal devra prendre en con-

(1) Delv., sur l'art. 482; Dur., t. III, n° 668; MM. Aubry et Rau, t. I, § 132, note 15, et § 133-6° ; Demol., t. II, n° 284. — M. Valette (*Explic. somm.*, p. 317 et s.; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 588) combat cette opinion. « Qu'importe, dit-il, avec raison, que l'émancipé soit incapable de recevoir un capital et de le dépenser à son gré ? il ne s'ensuit point nécessairement qu'il soit incapable d'agir en justice pour plaider et obtenir condamnation. Toucher l'argent et plaider sont deux choses très différentes. » — Voy., dans le même sens, Dem., t. II, n° 251 *bis*, et M. Laurent, t. V, n° 220.

sidération, à ce sujet, la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des tiers qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des *dépenses* ».

Ce mot *dépenses* peut nous servir à déterminer quels sont les actes que la loi veut désigner sous ces expressions génériques : *par achat ou autrement*. Elle a entendu, je crois, viser tous les actes qui, bien que de pure administration, peuvent néanmoins constituer *le mineur en dépenses*. Tels sont, par exemple, l'*achat* de denrées, de vêtements, d'objets d'ameublement, de bijoux..., la location d'appartements, de domestiques, de chevaux, de voitures..., les *marchés* avec des ouvriers employés à des travaux d'amélioration ou d'embellissement.....

On comprend, du reste, la raison de la différence que la loi établit entre les actes qui n'induisent pas et ceux qui induisent en dépenses le mineur qui les fait.

Quelle est la raison de la différence établie par la loi entre les actes qui induisent et ceux qui n'induisent pas le mineur en dépense ?

Les premiers ne peuvent point compromettre le capital du mineur : s'il les fait mal, par exemple, s'il afferme ses biens à de mauvaises conditions, ou s'il vend à bas prix ses récoltes, le préjudice qu'il en éprouve est toujours *limité*.

Il n'en est pas de même des seconds. Ils peuvent, en effet, lorsqu'ils sont exagérés et faits sans mesure, induire le mineur en de si fortes dépenses, qu'elles peuvent, non seulement absorber la totalité de ses revenus, mais encore compromettre sa fortune entière. Il y avait là un danger contre lequel la loi a dû le protéger.

Art. 480, 482.

Quels sont les actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, mais suffisante ?

1252. — Seconde catégorie. — *Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, mais suffisante.* — L'émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, mais elle lui suffit, pour :

1° Recevoir son compte de tutelle (voy. le n° 1215) ;

2° Intenter une action immobilière et y défendre ;

3° Recevoir un capital en argent et en donner décharge : le curateur est alors tenu de surveiller l'emploi du capital reçu ;

4° Intenter une action ayant pour objet un capital en argent et y défendre (voy. le n° 1250) ;

5° Aliéner une inscription de rente de 50 francs ou au-dessous (loi du 24 mars 1806) ;

6° Intenter une action en partage ou y défendre (art. 840) ;

7° Accepter une donation (art. 935) (1).

Quid, si l'émancipé les a faits avec cette assistance ? *Quid*, s'il les a faits seul ?

1253. — Les actes pour lesquels la loi exige l'assistance du curateur et qui ont été faits par le mineur avec cette assistance, sont aussi valables que s'ils émanaient d'un majeur ; à défaut de cette assistance, ils sont rescindables, mais seulement *pour cause de lésion* (voy. l'explic. de l'art. 1305).

Quels sont les actes pour lesquels la loi exige l'assistance du

1254. — Troisième catégorie. — *Actes pour lesquels la loi exige l'assistance du curateur et l'autorisation du conseil de famille.* — Le

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 434 ; Dem., t. II, n° 253 *bis*, I.

curateur et l'autorisation du conseil de famille ?

mineur émancipé doit être assisté de son curateur et obtenir l'autorisation de son conseil de famille, pour :

1° Aliéner une inscription de rente au-dessus de 50 francs (loi du 24 mars 1806);

2° Accepter ou répudier une succession (art. 461 et 484 comb.);

3° Acquiescer à une demande immobilière (art. 464 et 484 comb.).

Art. 483 et 484, 1er alinéa.

Quels sont les actes pour lesquels la loi exige tout à la fois l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ?

1255. — QUATRIÈME CATÉGORIE.— *Actes pour lesquels la loi exige l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.* — Le mineur émancipé ne peut point, sans le concours de ces trois conditions :

1° Emprunter;

2° Aliéner ses immeubles;

3° Les hypothéquer. Il ne le peut sous aucun prétexte, pas même pour garantir le paiement des obligations qu'il peut valablement contracter seul, en faisant des actes de pure administration; ceux-là seulement sont capables d'*hypothéquer* un immeuble qui sont capables de l'*aliéner* (art. 2124);

Quid, quant à la transaction ?

4° Transiger. Il lui faut même, de plus, l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République près le tribunal de première instance (voy. le n° 1199).

La règle que le mineur émancipé ne peut faire *aucun acte* autre que ceux *de pure administration*, sans remplir les formes prescrites *pour le mineur non émancipé*, est-elle vraie d'une manière absolue ?

L'émancipé n'est il pas tantôt plus et tantôt moins capable qu'un tuteur ?

1256. — Ainsi, le mineur émancipé ne peut faire ***aucun acte,*** autre que ceux de pure administration, sans ***remplir les formes prescrites pour le mineur non émancipé.*** Toutefois, ce principe est trop absolu dans ses termes; il faut le tempérer par les dispositions spéciales que la loi a portées sur certains actes.

— La capacité du mineur émancipé et le pouvoir du tuteur qui représente un mineur non émancipé ne sont pas toujours identiques. L'émancipé, nous allons le voir, est tantôt plus et tantôt moins capable qu'un tuteur.

1° L'émancipé peut, avec l'assistance de son curateur, et sans l'autorisation de son conseil de famille, intenter une action immobilière, ou une action en partage, et accepter une donation (voy. le n° 1252). Le tuteur, au contraire, ne peut faire aucun de ces actes qu'avec l'autorisation du conseil (voy. les nos 1192 à 1194). — Sous ce rapport, l'émancipé a plus de capacité que le tuteur.

2° Le mineur émancipé ne peut recevoir un capital mobilier et en donner décharge qu'avec l'assistance de son curateur (voy. le n° 1252, 3°). Le tuteur, au contraire, peut faire seul le même acte. Sous ce rapport, sa capacité est plus grande que celle du mineur émancipé.

Quels sont les actes qui sont absolument interdits au mineur émancipé ?

1257. — CINQUIÈME CATÉGORIE. — ***Actes qui sont absolument interdits au mineur émancipé.*** — Il ne peut ni disposer de ses biens par donation, si ce n'est par contrat de mariage (art. 1309 et 1398) et avec le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille, ni *tester*, à moins qu'il n'ait seize ans accomplis, et encore n'a-t-il alors qu'une demi-capacité (art. 904), ni compromettre (voy. le n° 1200, 2°).

VII. *De la capacité du mineur émancipé commerçant.*

1258. — Le mineur émancipé qui a rempli toutes les formalités et conditions prescrites pour devenir commerçant (art. 2, C. comm.) (voy. la *Form.* 176) est réputé *majeur* pour tous les actes relatifs à son commerce. Il peut même *emprunter* pour ses besoins commerciaux, et *hypothéquer* à cet effet ses immeubles, bien que pourtant il soit incapable de les aliéner (art. 6, C. comm.). C'est une exception au principe que ceux-là seulement peuvent *hypothéquer* qui sont capables d'*aliéner* (art. 2124).

Art. 487.

Quelle est la capacité du mineur émancipé lorsqu'il est commerçant ?

VIII. *De la révocation de l'émancipation.*

1259. — « *Tout mineur émancipé, dont les engagements ont été réduits* en vertu de l'article 484, peut être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui est retirée *en suivant les mêmes formes que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer.* »

Art. 485 et 486.

L'émancipation peut-elle être retirée à l'émancipé ?

Est-il vrai de dire que tout mineur émancipé peut être rétabli en tutelle ?

« Tout mineur émancipé... » sauf toutefois le mineur marié : car, la condition d'époux étant incompatible avec l'état d'un mineur en tutelle, l'émancipation qui résulte du mariage est essentiellement *irrévocable* (voy. le nº 1228). Notre disposition ne s'applique donc qu'à l'émancipation *expresse* (arg. tiré de ces mots : en suivant *les mêmes formes* que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer).

« *Dont les engagements ont été réduits...* » On a, sur ce point, soulevé deux difficultés :

Pour quelle cause l'émancipation peut-elle être révoquée ?

1260. — 1º Il se peut que les engagements du mineur ne puissent pas être réduits, si grand que soit l'excès qu'ils renferment : tel est le cas où le mineur a eu recours à des machinations frauduleuses pour tromper les tiers qui ont contracté avec lui. L'émancipation peut-elle alors être révoquée? L'affirmative est généralement admise. Si la loi veut que l'émancipé *dont les engagements ont été réduits* rentre en tutelle, c'est qu'il est *incapable;* or, la circonstance que les juges ont rejeté sa demande en réduction, à cause du dol ou de la mauvaise foi dont il s'est rendu coupable, ne fait que rendre plus évident le danger qu'il y aurait à lui laisser l'administration de sa fortune (1);

Quid, si les engagements du mineur ne peuvent pas être réduits, bien qu'ils soient *excessifs ?*

1261. — 2º Le mineur a contracté des obligations qui, à cause de l'excès qu'elles renferment, sont *réductibles;* mais il n'en demande point la réduction, dans la crainte de perdre le bénéfice de l'émancipation. Peut-il, par son inaction, rendre vaine la pré-

Quid, si l'émancipé ne demande pas la réduction de ses engagements, dans le cas où ils sont réductibles ?

Ses père et mère ou

(1) Marc., sur l'art. 485; MM. Demol., t. II, nº 346; Aubry et Rau, t. I, § 135, note 1; Val., *Explic. somm.*, p. 334. — Suivant Demante (t. II, nº 256 *bis*, II), la révocation est, en ce cas, laissée à l'arbitraire du tribunal.

son conseil de famille peuvent-ils alors révoquer l'émancipation?

caution de la loi? Cela ne se peut pas, dit-on généralement. La loi confère au père, à la mère ou au conseil de famille, le droit de révoquer l'émancipation; or, qui veut la fin veut le moyen! Ceux qui sont investis du droit de révocation peuvent donc l'exercer, sous la seule condition de prouver en justice que les engagements qu'a contractés le mineur sont excessifs, et, par conséquent, dans le cas d'être réduits (1).

— Dans un autre système, on accepte, sur l'une et l'autre question, la solution qu'entraîne notre article *pris à la lettre*. La loi, dit-on, permet la révocation *lorsqu'il y a eu réduction des engagements*. Donc, en l'absence de cette réduction, la révocation est impossible. L'état des personnes ne peut, en effet, être modifié que dans les cas et sous les conditions expressément, textuellement déterminés par la loi : car, en cette matière, tout est de rigueur (2).

Comment se fait la révocation ?

Comment faut-il entendre la règle que la révocation de l'émancipation se fait *en suivant les mêmes formes que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer ?*

1262. — « *En suivant les mêmes formes que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer...* » (voy. la *Form.* 177). Cette disposition a besoin d'être comprise. Elle ne signifie point qu'il faut, pour opérer la révocation de l'émancipation, reproduire identiquement chacune des formes *qui ont été observées pour la conférer :* car cela serait souvent impossible. Il faut l'entendre en ce sens *qu'on doit, pour révoquer l'émancipation, observer les formes qu'il faudrait suivre s'il était question de la conférer au moment où on la révoque.* Supposons une émancipation faite par une déclaration du père (ou de la mère), reçue par le juge de paix assisté de son greffier (art. 477) : si l'émancipé n'a plus ni père ni mère au moment de la réduction de ses engagements, la révocation de son émancipation résultera de la délibération de son conseil de famille et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil, fera que l'émancipation est révoquée (art. 478).

IX. *Des effets de la révocation.*

Quels sont les effets de la révocation de l'émancipation ?

1263. — La révocation de l'émancipation place l'émancipé dans la condition des mineurs non émancipés. Ainsi, il rentre :

Sous la puissance paternelle, s'il a encore ses père et mère ;

En tutelle, s'il les a perdus l'un et l'autre ;

Sous la puissance paternelle et en tutelle, s'il a encore son père ou sa mère.

Fait-elle revivre l'usufruit légal ?

1264. — En reprenant la puissance paternelle, son père ou sa mère recouvre toutes les prérogatives qui y sont attachées, et, par conséquent, le droit de jouissance légale sur ses biens, s'il

(1) Dem., t. II, n° 256 *bis*, II ; MM. Demol., t. II, nos 347 et 348 ; Val., *Explic. somm.*, p. 335.
(2) M. Laurent, t. V, nos 240 et 241.

n'a pas encore dix-huit ans : *cessante causa, cessat effectus* (1).

1265. — Lorsque le mineur dont l'émancipation a été révoquée est rentré en tutelle, ce n'est pas l'ancienne tutelle qui continue et reprend son cours ; c'est une nouvelle qui s'ouvre, et qui doit être réglée comme elle devrait l'être si elle s'ouvrait pour la première fois par la mort de l'un ou de l'autre des père et mère. Ainsi, a-t-il encore, au moment de la révocation, son père ou sa mère ou des ascendants : la tutelle est légitime, c'est-à-dire déférée de plein droit au père ou à la mère survivante, ou, à son défaut, aux ascendants. N'a-t-il ni père ni mère, ni aucun ascendant : un tuteur lui est nommé par un conseil de famille (2).

Rétablit-elle l'ancienne tutelle, ou donne-t-elle ouverture a une tutelle nouvelle?

1266. — Le mineur qui, par l'effet de la révocation de son émancipation, est rentré sous la puissance paternelle ou en tutelle, y reste jusqu'à sa majorité ; il n'en peut plus sortir par l'effet d'une émancipation nouvelle (art. 486 *in fine*). Toutefois, cette prohibition ne regarde que l'émancipation *expresse :* l'état du mineur en tutelle étant incompatible avec l'état d'époux (voy. le n° 1228), le mineur qui a perdu le bénéfice de l'émancipation le recouvre nécessairement lorsqu'il se marie.

Le mineur dont l'émancipation a été révoquée peut-il être émancipé de nouveau

---

TITRE ONZIÈME

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE

28e *Répétition.*

CHAPITRE PREMIER. — De la majorité.

Art. 488.

1267. — « La majorité est fixée à *vingt et un ans accomplis.* »

Le calcul des vingt et un ans se fait-il *de jour à jour, de die ad diem,* ou *d'heure à heure, de momento ad momentum?* En d'autres termes, quel est le moment précis à partir duquel les vingt et un ans sont réputés accomplis ?

A quel âge est-on majeur ?

Le calcul des vingt et un ans se fait-il *de jour à jour* ou *d'heure à heure ?*

1268. — Premier système. — Le calcul se fait *de jour à jour.* La fraction du jour dans lequel se place la naissance de l'enfant ne compte pas. Ainsi, l'enfant né le 1er janvier 1860, à *midi,* ne sera majeur qu'à la première minute du 2 janvier 1881.

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 445 ; *Explic. somm.*, p. 338; *Cours de C. civ.*, p. 592; Demol., *De la Puiss. pat.*, nos 555 et s.; Laurent, t. V, n° 244. — *Contra*, Dem., t. II, n° 129 *bis*, VII, et 257 *bis*.

(2) Proud., t. II, p. 444; MM. Dur., t. III, n° 676; Duc., Bonn. et Roust., n° 697; Demol., t. II, n° 366; Toull., t. II, n° 1303; Laurent, t. V, n° 243. — Dans un autre système, on tient que la rentrée en tutelle emporte de plein droit le rétablissement de l'ancien tuteur légitime, testamentaire ou datif (Dem., t. II, n° 257 *bis*, II; M. Val., *Explic. somm.*, p. 337).

Le calcul *par heures* créerait mille embarras. La loi, d'ailleurs, le repousse, sinon expressément, au moins implicitement. La minorité, en effet, est une cause de suspension de la prescription (art. 2252), et la prescription se compte, non point *d'heure à heure,* mais *de jour à jour* (art. 2260). Or, si la majorité se calculait *de momento ad momentum,* on serait forcé d'introduire ce mode de calcul là où la loi l'écarte expressément, c'est-à-dire dans la matière de la suspension de la prescription (1).

1269. — Deuxième système. — Le calcul se fait *d'heure à heure.* Ainsi, l'enfant né le 1er janvier 1860, à *midi,* sera majeur le 1er janvier 1881, à *midi.*

Ce mode de calcul, suivi en droit romain, fut abandonné dans notre ancienne jurisprudence. Le jour de la naissance comptait *tout entier :* aussi ne mentionnait-on, dans les actes de naissance, que le *jour* où elle avait eu lieu ; l'*heure* n'y était point relatée. Le Code exige, au contraire, la mention *du jour* et DE L'HEURE de la naissance (art. 57). Cette innovation ne révèle-t-elle pas la pensée de la loi? Dans quel but, en effet, eût-elle exigé la mention DE L'HEURE de la naissance, si cette heure avait dû être négligée dans le calcul de l'âge ? On répond que la mention de l'heure de la naissance a été exigée afin de savoir quel est l'aîné de deux frères jumeaux. Mais comment supposer sérieusement que la loi n'a été faite qu'en vue d'une hypothèse aussi exceptionnelle?

Remarquons enfin que ce n'est pas le seul cas où la loi s'attache rigoureusement à telle ou à telle *heure* pour déterminer l'époque précise à partir de laquelle une personne devient ou cesse d'être incapable. Ainsi, la femme qui se marie devient incapable *dès l'instant même* de la célébration de son mariage ; à l'inverse, elle recouvre sa capacité *dès l'instant même* du décès de son mari (2).

Est-on, à vingt et un ans, capable sans exception de tous les actes de la vie civile ?

1270. — A vingt et un ans accomplis, l'homme est capable de tous les actes de la vie civile, sauf les restrictions portées aux Titres *du Mariage* (art. 148) et *de l'Adoption* (art. 346).

CHAPITRE II. — De l'interdiction.

Section première. — Définition de l'interdiction. — Ses causes. — Quelles personnes peuvent être interdites. — Quelles personnes ont qualité pour poursuivre l'interdiction. — Procédure a suivre pour l'obtenir. — Différents partis que peut prendre le tribunal saisi d'une demande en interdiction. — Droit d'appel. — Publicité du jugement.

I. *Définition de l'interdiction.*

Qu'est-ce que l'*interdiction ?*

1271. — Les personnes qui, bien que majeures, sont privées de

(1) Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 488 ; Dem., t. II, n° 135 *bis.*

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 446 ; *Explic. somm.*, p. 343 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 504 ; Marc., sur l'art. 388 ; Demol., t. II, n° 407 ; Laurent, t. IV, n° 362.

l'usage de leur raison, ne doivent pas conserver l'exercice de leurs droits : inhabiles aux actes de la vie civile, elles compromettraient et leur propre intérêt et le légitime espoir de leur famille, si on leur laissait la liberté de leurs actions. De même que les mineurs, elles sont incapables de se gouverner elles-mêmes et d'administrer leurs biens : on leur donne donc, de même qu'aux mineurs, un tuteur qui prend soin de leur personne et qui les représente dans les actes de la vie civile. Tel est l'objet de l'*interdiction.*

Mais il faut préalablement s'assurer qu'elles sont, en effet, privées de raison, et, par conséquent, incapables. Cette vérification est faite par la justice, dans les formes déterminées par la loi.

L'interdiction peut donc être définie : la déclaration faite par la justice qu'une telle personne, étant privée de sa raison, et, par suite, incapable de faire par elle-même aucun acte valable, doit recevoir un tuteur, qui prendra soin d'elle, et la représentera dans les actes de la vie civile. — On peut dire aussi que c'est l'état d'une personne qui, ayant été en fait reconnue incapable de se conduire elle-même, a été déclarée en droit incapable de faire aucun acte civil, et, par suite, placée sous l'autorité d'un tuteur qui agit pour elle.

II. *Des causes qui peuvent motiver l'interdiction.*

1272. — Ces causes sont : l'*imbécillité,* la *démence* et la *fureur.* Art. 489.

L'*imbécillité,* c'est l'absence d'idées ou l'idiotisme, c'est-à-dire cette faiblesse d'esprit qui fait que l'homme peut à peine concevoir les idées les plus communes.

La *démence* provient, non de la faiblesse de l'esprit, mais d'un dérèglement d'idées qui ôte l'usage de la raison.

La *fureur,* c'est la *démence* exaltée, qui pousse à des actions dangereuses.

Quelles sont les causes d'interdiction admises par la loi ? Qu'est-ce que l'*imbécillité?* La *démence?* La *fureur?*

Ces trois causes d'interdiction sont énumérées limitativement par la loi. Il n'est point permis d'en admettre d'autres.

Remarquons, en outre :

D'une part, que les actes *isolés, accidentels* et *peu nombreux,* de démence ou de fureur ne peuvent pas servir de fondement à une demande en interdiction;

D'autre part, qu'il n'est point nécessaire d'établir que la personne dont on poursuit l'interdiction est dans un état *continuel* et *incessant* de démence ou de fureur : la loi veut, mais cela suffit, que cet état soit *habituel.*

Quel caractère doivent avoir la démence et la fureur pour servir de fondement à une demande en interdiction ?

1273. — Ainsi, les intervalles lucides ne font point obstacle à l'interdiction. Disons mieux, ils ne font que la rendre plus nécessaire. Si, en effet, l'interdiction d'une personne qui n'est qu'en état *habituel* de démence ou de fureur n'était pas permise, ou si l'on en limitait les effets au temps pendant lequel ont lieu ses accès

Les intervalles lucides font-ils obstacle à l'interdiction ? Pourquoi n'y font-ils pas obstacle

de démence ou de fureur, la validité des actes que ferait cette personne, dépendant alors de la question de savoir si elle était privée de raison au moment où elle les a faits, ou si, à la même époque, elle se trouvait dans un intervalle lucide, on créerait ainsi des questions de fait qui jetteraient toutes sortes d'embarras et d'entraves dans les affaires. L'interdiction, au contraire, prévient ces difficultés : car l'incapacité qu'elle engendre est *continue* et *permanente;* elle commence avec le jugement d'interdiction, et, tant qu'il dure, elle dure avec lui, et *sans intervalle*. D'où cette règle : Tout acte fait pendant l'interdiction est réputé fait en temps d'incapacité. Cette présomption, toute d'ordre public, n'admet point de preuves contraires : les tiers qui ont contracté avec un interdit ne sont donc, en aucun cas, admis à prouver qu'il était dans un intervalle lucide et en pleine raison à l'époque où ils sont entrés en relation d'affaires avec lui.

III. *Des personnes qui peuvent être interdites.*

Les *mineurs* peuvent-ils être interdits ?

1274. — Bien que la loi ne parle que des *majeurs,* il est généralement admis que les mineurs émancipés, et même les mineurs non émancipés, peuvent être interdits, lorsqu'ils sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Cela, dit-on, résulte des articles 174 et 175 combinés : il y est dit, en effet, que le tuteur, autorisé dans ce but par le conseil de famille, peut s'opposer au mariage de son pupille, s'il estime qu'il est en état de démence, mais à la charge par lui *de provoquer son interdiction* (voy. le n° 627).

Cette interprétation est confirmée par M. Emmery, qui, dans son *Exposé de motifs* au Corps législatif, faisait remarquer « qu'il peut arriver qu'une personne soit *en tutelle* lors de son interdiction ».

Et qu'on ne dise pas qu'il est *inutile* d'interdire un mineur ! Cela pourrait être vrai, si l'incapacité du mineur était aussi absolue que celle de l'interdit. Mais il n'en est rien :

1° Le mineur peut se marier; l'interdit ne le peut pas (voy. les n°s 533 et 534).

2° Le mineur âgé de seize ans accomplis peut disposer *par testament* de la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur (art. 904); l'interdit est absolument incapable de tester.

3° Les actes faits par le mineur lui-même, et en dehors de sa capacité, ne sont, en principe, annulables que *pour cause de lésion : restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* Ainsi, lorsqu'il demande la nullité d'un acte, il doit, pour réussir, prouver : *a.* qu'il a fait cet acte pendant sa minorité; *b.* que cet acte l'a constitué en perte (voy. l'explic. de l'art. 1305). — Dans la même hypothèse, au contraire, l'interdit n'a qu'une chose à

prouver, que l'acte dont il demande la nullité a été fait *pendant son interdiction*.

Au reste, fût-il vrai que l'incapacité du mineur est absolument identique à celle de l'interdit, il serait encore utile d'interdire un fou pendant sa minorité : car, s'il fallait, pour le mettre en état d'interdiction, attendre qu'il fût majeur, on aurait, entre sa majorité et le jugement d'interdiction, un intervalle de temps pendant lequel il pourrait faire des actes aussi préjudiciables à sa famille qu'à lui-même. Il vaut mieux prendre les devants. De cette manière on déconcerte les artifices de ceux qui n'attendent que le moment de sa majorité pour lui faire souscrire des engagements ruineux, peut-être même pour lui faire ratifier les actes qu'il a faits en minorité (1).

IV. *Quelles personnes peuvent ou doivent provoquer l'interdiction.*

1275. — *Peuvent* la provoquer :

Art. 490 et 491.

Quelles personnes *peuvent* ou *doivent* provoquer l'interdiction ?

1° Les *parents* quels qu'ils soient, ascendants ou descendants, les plus éloignés comme les plus proches, héritiers présomptifs ou non de la personne qu'il s'agit de faire interdire. Tel qui aujourd'hui n'est point au degré le plus proche peut s'y trouver demain ;

2° Le *conjoint*. Ainsi, le mari peut poursuivre l'interdiction de sa femme, et réciproquement.

Quant au procureur de la République, la loi fait une double distinction :

S'agit-il d'une personne en état habituel d'*imbécillité* ou de *démence :* le ministère public n'est, en aucun cas, *tenu* de poursuivre son interdiction, et *il ne le peut* qu'autant que cette personne n'a ni un conjoint ni aucun parent connu.

S'agit-il, au contraire, d'une personne dont la démence s'est élevée à l'état de *fureur :* le procureur de la République *doit, dans tous les cas,* en provoquer l'interdiction. *Doit*... ce n'est pas une *faculté* qu'on lui accorde : c'est un *devoir* qu'on lui impose, dans l'intérêt de l'ordre public menacé. *Dans tous les cas*... c'est-à-dire soit que le fou n'ait ni conjoint ni aucun parent connu, soit que son conjoint ou ses parents restent dans l'inaction.

La personne qui est dans un état habituel de démence ou de fureur peut-elle, pendant un intervalle lucide, provoquer elle-

1276. — On s'est demandé si une personne dans un état habituel de démence ou de fureur peut, pendant un intervalle lucide, alors qu'elle a la conscience de sa position, provoquer elle-même son interdiction. L'affirmative est soutenue. Si la loi, dit-on, n'au-

(1) Delv., t. I, p. 129 ; Toull., t. II, n° 1314 ; Proud., t. II, p. 518 ; Dur., t. III, n° 716 ; Marc., sur l'art. 489 ; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Demol., t. II, n° 442 ; Aubry et Rau, t. I, § 124, note 7 ; Val., *Explic. somm.*, p. 344 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 595 et suiv. ; Dem., t. II, n° 262 *bis*, III ; Laurent, t. V, n° 252.

même son interdiction.

torise point expressément cette demande, elle ne la défend point non plus : dès lors rien n'y fait obstacle (1).

J'aime mieux la négative. L'article 490 a énuméré les personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction. Cette énumération est évidemment *limitative :* car, si elle n'était qu'*énonciative,* elle n'aurait plus d'objet, puisque le droit de provoquer l'interdiction appartiendrait non seulement aux personnes que la loi désigne, mais encore à celles qu'elle ne désigne pas, aux alliés, à tout le monde en un mot.

Si d'ailleurs la loi avait entendu admettre une aussi singulière demande, elle n'eût pas manqué d'en régler la procédure ; or, on ne trouve rien dans notre Titre qui s'y rapporte : la personne qu'il s'agit d'interdire y est toujours présentée comme jouant le rôle de *défendeur*.

Le projet du Code permettait à tout majeur qui se croirait incapable d'administrer ses biens de demander un conseil judiciaire ; or, cette disposition n'a pas été conservée. N'est-il pas permis d'en conclure qu'aucune demande de ce genre ne doit être admise (2)?

V. *Où la demande en interdiction doit être portée, et comment elle doit être introduite.*

Art. 492 et 493.

Où la demande en interdiction doit-elle être portée? Comment la forme-t-on?

1277. — Elle doit être portée devant le tribunal de première instance du domicile du défendeur. — Elle est formée, non pas, comme les demandes ordinaires, par un *exploit d'ajournement,* mais d'abord par une *requête*, adressée au président du tribunal. On y expose les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, sur lesquels on se fonde, en ayant soin de les *articuler,* c'est-à-dire de les énoncer séparément par premier, deuxième fait..... La requête doit, en outre, contenir les pièces justificatives dont on prétend faire usage, et l'indication des témoins qu'on veut faire entendre.

VI. *Marche de la procédure; avis du conseil de famille.*

Art. 494.

Quelle est alors la marche de la procédure?

1278. — Le président ordonne la communication de la requête au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport (voy. la *Form.* 178).

Sur le rapport du juge commis et les conclusions du ministère public, le tribunal peut *de plano,* et sans être obligé de consulter préalablement la famille, rejeter la demande en interdiction, s'il lui paraît que les faits articulés ne sont point pertinents, que les

(1) Marc., sur l'art. 490; Duc., Bonn. et Roust., sur le même art. 490; Dem., t. II, n° 263 *bis,* I.

(2) Delv., t. I, p. 131; Duverg., *sur Toull.*, t. II, n° 1373; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 521; Dur., t. III, n° 724; MM. Demol., t. II, n° 474; Laurent, t. V, n° 259.

pièces justificatives sont insuffisantes : autrement, c'est-à-dire si le tribunal n'avait pas la faculté de rejeter la demande *de plano*, après avoir entendu le rapport du juge-commissaire, ce rapport ne servirait à rien, puisqu'on serait, dans tous les cas, obligé de continuer l'instruction.

Art. 495

Comment est formé le conseil qui doit donner son avis sur l'état du défendeur ?

Les parents qui ont provoqué l'interdiction peuvent-ils faire partie du conseil avec *voix délibérative ?*

Peuvent-ils y assister avec *voix consultative ?*

Que si, au contraire, le tribunal estime qu'il y a lieu de donner suite à la requête, il ordonne que le conseil de famille sera convoqué pour donner son avis sur l'état du défendeur (art. 891 et 892, C. pr.) (voy. la *Form.* 179). — Ce conseil est formé selon le mode déterminé au Titre *de la tutelle* (art. 407 et s.). — Les parents qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent pas être *membres* du conseil *avec voix délibérative.* Ils n'ont pas même le droit d'y assister *avec simple voix consultative.* Seulement le conseil peut, s'il le juge à propos, les appeler pour obtenir d'eux les éclaircissements dont il a besoin pour délibérer en connaissance de cause, mais sans leur permettre de suivre, en y assistant, ses séances de délibérations. Après avoir posé ce principe, notre article ajoute : « *Cependant* l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction est provoquée, peuvent y être admis *sans y avoir voix délibérative.* » — La loi entend donc établir une différence entre les *parents* du défendeur et son *conjoint* ou ses *enfants ;* mais en quoi consiste cette différence ? Sur ce point, les auteurs ne sont pas d'accord.

Quid, quant à l'époux et aux enfants du défendeur ?

Quelle différence la loi établit-elle entre eux et les autres parents ?

1279. — Premier système. — Le *conjoint* et les *enfants* de la personne dont l'interdiction est provoquée ne peuvent *jamais* assister au conseil *avec voix délibérative.* Telle était, en effet, la pensée du Tribunat, lorsqu'il disait en proposant la disposition contenue dans la seconde phrase de notre article : « Il a paru moral que le *conjoint* et les *enfants* de celui qu'il s'agit d'interdire ne puissent *jamais* être obligés de délibérer sur cette matière. » Ainsi, lorsqu'ils sont eux-mêmes demandeurs en interdiction, on les traite comme parents ordinaires : ils ne peuvent être appelés au conseil ni avec voix *délibérative*, ni même avec simple voix *consultative.* Que si la demande en interdiction n'a point été formée par eux, ils peuvent être appelés au conseil, mais avec simple voix consultative et sans en être membres, tandis que les parents qui, comme eux, n'ont point provoqué l'interdiction, doivent être convoqués comme membres du conseil, et pour y avoir *voix délibérative* (1).

1280. — Deuxième système. — Le *conjoint* et les *enfants* du défendeur peuvent, alors même qu'ils ont provoqué son interdiction, être appelés au conseil, non pas, il est vrai, pour en être *membres* et y avoir *voix délibérative,* mais pour y assister et en suivre les séances *avec voix consultative ;* tandis que les parents qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent y être appelés qu'accidentellement, pour y donner des renseignements, mais sans pouvoir y

(1) Toull., t. II, n° 1322 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 495.

assister, même avec simple voix consultative. Le mot *cependant*, qui lie la seconde phrase de notre article à la première, montre, en effet, très clairement que la loi n'y règle qu'une seule et même question. Le point à décider est celui-ci : les demandeurs en interdiction peuvent-ils être admis au conseil ? La réponse est qu'en principe ils ne le peuvent pas ; que cependant il en est différemment du conjoint et des enfants, qui peuvent y être appelés avec simple voix consultative.

Quant aux parents, au conjoint et aux enfants, qui n'ont point provoqué l'interdiction, notre article ne s'en occupe nullement. Les uns et les autres peuvent donc faire partie du conseil *avec voix délibérative*. Et, en effet, quelle raison pourrait-il y avoir d'en exclure le conjoint et les enfants? Mais ce sont eux plutôt qui doivent être appelés les premiers, car assurément la loi a plus de confiance en eux qu'en de simples collatéraux. C'est, dit-on, blesser la morale que d'appeler des enfants à délibérer sur l'interdiction de leur père ou de leur mère, un conjoint sur l'interdiction de son conjoint! Mais, si la loi avait vu là une atteinte à la morale, eût-elle donc permis aux enfants de poursuivre l'interdiction de leur père ou de leur mère? Est-ce que la *demande* en interdiction n'est pas un acte bien plus grave qu'un simple vote dans le conseil de famille (1)?

VII. *Interrogatoire du défendeur en interdiction.*

Art. 496.

A quel moment a lieu l'interrogatoire du défendeur? Par qui est-il fait? Pourquoi par le *tribunal* plutôt que par le juge commis?

1281. — L'interrogatoire a lieu après que le conseil de famille a donné son avis (2).

Il est fait, non par un juge nommé à cet effet, mais par le tribunal tout entier, afin que les juges qui le composent, étant ainsi mis à même d'étudier les gestes, l'attitude du malade qu'on interroge, et la manière dont il répond, puissent se pénétrer par eux-mêmes de sa véritable situation. L'étude de sa personne les éclairera bien mieux que la simple lecture d'un procès-verbal!

Où a-t-il lieu? Pourquoi dans la chambre du conseil?

1282. — Ce n'est pas dans la salle ordinaire où le tribunal tient ses séances publiques que l'interrogatoire a lieu; la loi veut qu'il soit fait en la chambre du conseil, afin de ne pas troubler, en l'affectant trop vivement par la présence du public, le malade déjà trop affecté de se voir soumis à une épreuve aussi pénible.

Quid, si le défendeur ne peut pas se déplacer?

S'il lui est impossible de se déplacer, on l'interroge là où il se trouve. L'interrogatoire est alors confié à l'un des juges, qui y procède en présence du procureur de la République.

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 523 ; *Explic. somm.*, p. 350 ; Dur., t. III, n° 729 ; Marc., sur l'art. 495 ; Dem., t. II, n°s 257 et 267 *bis;* MM. Demol., t. II, n° 500 ; Aubry et Rau, t. I, § 125, p. 514 et 515 ; Laurent, t. V, n° 265.

(2) Aux termes de l'art. 893, C. de pr., « la requête et l'avis du conseil de famille seront signifiés au défendeur avant qu'il soit procédé à son interrogatoire ».

VIII. *Nomination d'un administrateur provisoire.*

1283. — Le tribunal peut, suivant les circonstances, faire plusieurs interrogatoires, s'il estime qu'un seul est insuffisant; il peut, s'il y a lieu, et avant de passer à d'autres interrogatoires, nommer un administrateur provisoire, qui prendra soin de la personne du défendeur et fera, pour la conservation de ses biens, les actes urgents et nécessaires.

Art. 497.

Le tribunal ne peut-il point, avant de passer à de nouveaux interrogatoires, nommer un administrateur pr visoire ?

IX. *Des différents partis que peut prendre le tribunal saisi d'une demande en interdiction.*

1284. —Le tribunal peut, suivant les circonstances, ou prononcer l'interdiction, ou la rejeter purement et simplement. Entre ces deux partis extrêmes la loi permet de prendre un parti mixte, qui n'est ni l'interdiction complète, ni le rejet pur et simple de l'interdiction. Il se peut, en effet, que le défendeur ne soit ni assez privé de raison pour lui retirer d'une manière générale l'exercice de ses droits, ni assez sain d'esprit pour le lui laisser. Les juges alors prennent un juste milieu : ils prononcent une *demi-interdiction,* interdiction *limitée à certains actes*. « Le tribunal, porte l'article 499, peut, en rejetant la demande en interdiction, et si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais *plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques*, sans l'assistance d'un conseil qui lui est nommé par le même tribunal » (comp. l'art. 513).

Art. 499.

Quels sont les différents partis que peut prendre le tribunal saisi d'une demande en interdiction ?

1285. — Quoique la loi ne le dise pas expressément, il est évident que les parties peuvent demander et obtenir cette demi-interdiction par *une demande directe*, c'est-à-dire sans être obligées de recourir à une demande en interdiction *principale*. Il serait, en effet, puéril et indigne de notre droit de les forcer à demander le plus afin d'obtenir le moins.

Les parties peuvent-elles demander et obtenir directement cette demi-interdiction ?

X. *Prononcé du jugement sur une demande d'interdiction.*

1286. — Il n'est pas nécessaire que la procédure qui précède le jugement soit publique; il vaut mieux, même dans l'intérêt du défendeur, qu'elle soit faite secrètement. Quant au jugement, c'est le contraire qui a lieu : il importe, en effet, qu'il soit public et connu, soit dans l'intérêt du défendeur lui-même, si l'interdiction a été écartée, soit dans l'intérêt des tiers, si elle a été admise (voy. les nos 1291 et s.). De là, la disposition suivante : « Le jugement sur une demande en interdiction ne peut être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées (1). »

Art. 498.

La procédure qui précède le jugement doit-elle être publique ?
Quid, du jugement ?

(1) L'art. 498 suppose virtuellement que le défendeur doit être *assigné* pour

XI. *Du droit d'appel.*

Art. 500.

Le jugement est-il susceptible d'appel ?
Par qui l'appel peut-il être formé ?

1287. — Le jugement, quel qu'il soit, est susceptible d'appel (voy. la *Form.* 180).

L'appel peut être formé par le défendeur contre le provoquant, lorsque l'interdiction a été prononcée ; dans le cas contraire, le droit d'appel appartient, non seulement au provoquant, mais encore à chacun des membres du conseil de famille (art. 894, C. pr.).

La Cour d'appel peut-elle interroger de nouveau le malade dont l'interdiction est poursuivie ?

La Cour d'appel peut, si elle le juge nécessaire, ordonner que le malade sera de nouveau interrogé, auquel cas l'interrogatoire est fait par la Cour elle-même ou par un juge qu'elle désigne à cet effet (voy. l'art. 496). Il n'est pas nécessaire que le juge délégué soit pris dans le sein de la Cour : l'éloignement du malade ne le permettrait pas toujours.

XII. *De la publicité du jugement ou de l'arrêt portant interdiction.*

Art. 501.

Le jugement qui prononce l'interdiction ne doit-il pas être notifié à l'interdit?
Ne faut-il pas qu'il soit rendu public ?
Dans quel but ?
Comment et dans quel délai doit-il être rendu public ?

1288. — Ce n'est pas assez que le jugement ou l'arrêt soit rendu en audience publique ; la loi exige, de plus, qu'il soit signifié à l'interdit, et inscrit, *dans les dix jours,* sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement (voy. les *Form.* 181 et 182).

Ces affiches avertissent les tiers que l'interdit est désormais *incapable* de gérer lui-même ses affaires, et qu'ainsi tous les actes qu'il pourra faire seront frappés de nullité.

Doit-il l'être s'il a été frappé d'appel ?

1289. — Quoiqu'elles soient un commencement d'exécution et qu'il soit de principe que l'appel est *suspensif de l'exécution du jugement,* ces affiches doivent être faites alors même que le jugement a été frappé d'appel : car, si la Cour confirme le jugement rendu par le tribunal de première instance, l'interdiction aura produit son effet non pas seulement du jour de l'arrêt qui aura confirmé le jugement, mais du jour où ce jugement l'a prononcée

Section II. — Des effets de l'interdiction.

Art. 502 à 504, et 509.

Quels sont les effets de l'interdiction ?
N'en produit-elle que pour l'avenir ?

1290. — L'interdiction produit des effets *dans l'avenir* et *dans le passé,* c'est-à-dire quant aux actes faits par l'interdit, soit *après*, soit *avant* le jugement qui l'a prononcée.

I. *Des effets de l'interdiction dans l'avenir.*

1291. — L'interdiction produit un double effet : 1° elle rend

voir prononcer le jugement. MM. Demol., t. II, n° 519 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 603.

l'interdit incapable de gouverner lui-même sa personne et ses biens; 2° elle donne ouverture à la tutelle de l'interdit.

1292. — I. Incapacité de l'interdit. — L'interdiction enlève à l'interdit l'exercice de ses droits : elle le rend *incapable*. De là la disposition de l'article 502 : « Tous actes passés par l'interdit sont *nuls de droit*. »

Art. 502.

Les actes faits par l'interdit depuis l'interdiction sont-ils *nuls*, ainsi que le dit l'art. 502 ?

Comment faut-il entendre la règle que les actes faits par l'interdit depuis l'interdiction sont *nuls de droit* ?

Quelle différence y a-t-il entre ces actes et ceux qui émanent d'un mineur ?

Ces expressions *nuls de droit* n'ont pas le sens qu'elles paraissent avoir. Prises à la lettre, elles signifieraient que les actes qui émanent d'un interdit sont *nuls, absolument inexistants;* en sorte que la nullité dont ils sont infectés serait, 1° *absolue* ou *générale,* c'est-à-dire opposable, non seulement par l'interdit, mais encore par ceux qui ont traité avec lui; 2° *perpétuelle,* c'est-à-dire opposable en tout temps.

Telle n'est pas pourtant la pensée de la loi. Les actes faits par un interdit ne sont point *nuls* ou *inexistants;* ils ne sont qu'*annulables*. Aussi verrons-nous plus tard que la nullité qui les entache est simplement *relative* et *temporaire*. *Relative*..., elle ne peut être invoquée que par l'interdit ou par ses représentants; *temporaire*..., elle ne peut être utilement demandée que pendant dix ans, à compter de la cessation de l'interdiction ou de la mort de l'interdit : après ce temps, elle est couverte (art. 1304).

Sous ce double rapport, les actes faits par un interdit sont assimilés à ceux qui émanent d'un mineur. Mais ils en diffèrent en un point, et c'est précisément cette différence que la loi entend indiquer, lorsqu'elle dit que les actes faits par l'interdit sont *nuls de droit :* les actes faits par un *mineur* ne sont annulables que pour *cause de lésion;* ceux, au contraire, qui émanent d'un interdit sont *nuls de droit,* en ce sens qu'ils peuvent être annulés pour *cause d'incapacité, indépendamment de toute lésion* (voy. l'explic. de l'art. 1305).

Quid, quant aux actes faits par un demi-interdit ?

Ce que je viens de dire de l'interdit s'applique également à celui qui a été frappé d'une demi-interdiction : tous les actes qu'il fait seul et pour lesquels la loi exige l'assistance du conseil qui lui a été donné sont nuls de droit.

1293. — « L'interdiction a son effet *du jour du jugement*. »

De quel jour l'interdiction produit-elle son effet ?

Quid, quant aux actes que l'interdit a faits depuis le jugement d'interdiction, mais avant l'apposition des affiches prescrites pour la publicité du jugement qui a prononcé l'interdiction ?

Cette règle est absolue, aucune condition n'en limite l'application. Elle est donc *indépendante de la publicité du jugement*. Concluons-en que les actes passés par l'interdit *depuis le jour où son interdiction a été prononcée* sont nuls de droit, quoiqu'ils aient été faits *avant l'apposition des affiches prescrites par l'article* 501 *pour la publicité du jugement*.

L'article 501 fournit lui-même un argument décisif à l'appui de cette solution. Qu'on suppose, en effet, que les affiches ont été apposées le dixième jour après le jugement : tous les actes faits par l'interdit dans l'intervalle du jugement à l'apposition des affiches, c'est-à-dire *à une époque où le jugement n'avait pas encore été rendu public,* seront évidemment nuls : car ce défaut de publicité n'est imputable ni à l'interdit, puisque ce n'est pas lui

qui est tenu de faire afficher le jugement, ni aux demandeurs en interdiction, puisqu'ils se sont mis en règle *dans le délai de la loi*. Or, si l'interdiction a son effet du jour du jugement et *avant* l'apposition des affiches, lorsqu'elles n'ont été apposées que le dixième jour après le jugement, il doit être assurément permis d'en conclure que l'interdiction aura ses effets indépendamment de toute apposition d'affiches.

Mais, bien entendu, les tiers qui, induits en erreur sur l'état et l'incapacité de l'interdit, ont traité avec lui, peuvent recourir en dommages et intérêts contre le demandeur en interdiction, s'il n'a point, dans le délai de la loi, requis l'apposition des affiches, ou contre les officiers (les notaires et les greffiers) qui, ayant été requis de les apposer, ont négligé de le faire.

L'incapacité de l'interdit est-elle suspendue par l'appel qu'il a formé contre le jugement ?

1294. — L'incapacité de l'interdit n'est pas même suspendue par l'appel qu'il a formé contre le jugement. Il est vrai que l'appel est ***suspensif***. Mais ce principe comporte une distinction : l'appel suspend l'***exécution*** des jugements; il n'en suspend point les ***effets*** légaux. Or, l'incapacité de l'interdit n'est pas ***un acte d'exécution*** du jugement d'interdiction; c'en est ***un effet légal***.

Son incapacité est-elle pure et simple ou conditionnelle ?
A quelle condition est-elle subordonnée ?

Toutefois, l'incapacité née du jugement d'interdiction n'est point pure et simple et irrévocable : elle existe, il est vrai, dès le prononcé du jugement, mais subordonnée au résultat ultérieur de l'appel. Et, en effet, de deux choses l'une : ou l'interdiction sera confirmée par la Cour d'appel, et alors l'interdit n'aura pas cessé un seul instant d'être incapable depuis le jugement rendu par le tribunal de première instance; ou elle sera rejetée, et alors l'interdit sera réputé ne jamais l'avoir été. La nullité ou la validité des actes faits par l'interdit depuis le jugement qui a prononcé l'interdiction dépend donc du parti que prendra la Cour d'appel.

Art. 509.

La règle que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens est-elle exacte ?
Comment faut-il l'entendre ?
La règle que la tutelle de l'interdit est régie par les mêmes règles que celles qui régissent la tutelle des mineurs n'a-t-elle pas elle-même besoin de plusieurs tempéraments ?

1295. — II. De la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur a l'interdit. — « L'interdit, porte l'article 509, est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. »

La première de ces deux dispositions, si on la prenait à la lettre, et en la séparant de la seconde, signifierait que l'incapacité de l'interdit est calquée sur celle du mineur; or, nous avons vu que ces deux incapacités, loin d'être identiques, comportent, au contraire, de notables différences (voy. le n° 1274). Mettons donc de côté cette prétendue assimilation.

Le rapport que la loi a voulu établir entre l'interdit et le mineur est déterminé par la seconde phrase de notre article. Je le formule ainsi : l'interdit, de même que le mineur, doit être mis en tutelle; la tutelle de l'interdit est régie par les mêmes règles que celles qui régissent la tutelle des mineurs.

Sous ce rapport même, l'assimilation est encore loin d'être parfaite. Tout à l'heure nous signalerons, entre ces deux tutelles, de nombreuses différences (voy. le n° 1301).

— *Tout interdit,* même celui qui a encore ses père et mère, doit recevoir un tuteur : la loi ne distingue pas.

L'interdit qui a encore ses père et mère est-il mis en tutelle ?

1296. — *A quelle espèce de tutelle sont soumis les interdits.* — La tutelle des interdits est, en général, *dative,* c'est-à-dire déférée en connaissance de cause par le conseil de famille, soit au père ou à la mère, soit à un autre ascendant de l'interdit, soit à tout autre parent, ou même à une personne qui lui est étrangère.

A quelle espèce de tutelle sont soumis les interdits ?

Il n'y a d'exception qu'à l'égard du mari, qui est de plein droit le tuteur de sa femme lorsqu'elle est interdite.

Art. 506 et 507.

Quant à la femme, elle n'est point de plein droit tutrice de son mari interdit; mais elle peut être choisie pour tutrice par le conseil de famille (voy. la *Form.* 183). La loi a pris soin de le dire expressément, parce qu'en principe, les femmes sont incapables de la tutelle, et que les exceptions apportées à cette règle par l'article 442 n'ont trait qu'à la mère ou aux ascendantes du mineur.

Quid, quant au mari dont la femme est interdite?

Quid, de la femme dont le mari est interdit ?

1297. — En nommant tutrice la femme de l'interdit, le conseil règle la forme et les conditions de l'administration; sauf le recours devant les tribunaux, de la part de la femme qui *se croirait lésée par l'arrêté du conseil.*

Que doit faire le conseil de famille lorsqu'il nomme tutrice la femme de l'interdit ?

Que peut alors faire la femme *si elle se croit lésée ?*

Mais comment peut-elle être lésée? elle n'a aucun droit à la tutelle. Le conseil de famille, qui peut ne pas la lui déférer, peut donc, à plus forte raison, la régler comme il l'entend, lorsqu'il la lui défère!

Mais comment peut-elle être lésée ?

Le conseil de famille, a-t-on répondu, doit, pour faire ce règlement, déterminer avec soin, d'après les conventions matrimoniales des époux, quels droits appartiennent au mari, et quels droits à la femme, afin de savoir dans quel cas elle agira comme tutrice et au nom de son mari, et dans quel cas en son propre nom et pour son propre compte; or, cette distinction, cette séparation des droits appartenant à l'un ou à l'autre des époux, peut être mal faite et nuire à la femme. De là, le droit de recours.

Ajoutons que le règlement de la tutelle elle-même est nuisible à la femme dans le cas où le conseil a fixé, pour la dépense de la maison, une somme trop minime, eu égard à la fortune des époux. La femme, si elle n'était point tutrice, pourrait l'attaquer, puisqu'il l'intéresse personnellement : pourquoi n'aurait-elle pas le même droit dans le cas où la tutelle lui a été déférée?

1298. — *A quel moment peut être nommé le tuteur de l'interdit.* — Il faut, à cet égard, user de distinctions.

Art. 505.

A quel moment peut être nommé le tuteur de l'interdit?

1° En principe, la nomination du tuteur ne peut pas avoir lieu avant l'expiration des huit jours qui suivent le prononcé du jugement : car, pendant ce délai, le jugement n'est point susceptible d'exécution (art. 449 et 450, C. pr.), et, dans l'espèce, l'exécution du jugement consiste dans la nomination du tuteur.

2° Dès l'expiration de cette huitaine, et pourvu que le jugement n'ait pas encore été frappé d'appel, le conseil de famille peut procéder à la nomination du tuteur : car c'est l'*appel,* et non le *délai*

Peut-il l'être toujours après l'expiration des huit jours qui ont suivi le jugement?

d'appel, qui est suspensif de l'exécution du jugement (art. 457, C. pr.).

Si l'appel est formé après la nomination, le tuteur peut-il néanmoins agir ?
Par qui sont alors faits les actes urgents d'administration ?

Si l'appel est formé *après* la nomination, le tuteur nommé ne doit point s'immiscer dans la tutelle : car ses pouvoirs sont en suspens et subordonnés au résultat ultérieur de l'appel. Les actes urgents d'administration sont faits alors par l'administrateur provisoire qui a pu être nommé par le tribunal de première instance (voy. le nº 1283), ou, à son défaut, par celui que nomme la Cour d'appel.

3º Si l'appel a été formé *avant* la nomination du tuteur, elle ne peut alors avoir lieu qu'après l'arrêt confirmatif de l'interdiction (art. 457, C. pr.).

Toutefois le conseil de famille peut y procéder immédiatement après le jugement et nonobstant appel, lorsque le jugement a été déclaré *exécutoire par provision,* conformément à l'article 135-6º du Code de procédure.

Quelles règles régissent la gestion du tuteur de l'interdit?

1299. — *De la gestion du tuteur de l'interdit.* — Les règles sur l'administration des tuteurs des mineurs régissent également l'administration du tuteur de l'interdit. La loi s'est ici bornée à régler quelques points étrangers à la tutelle des mineurs.

N'a-t-il pas un compte à recevoir?

1º Le tuteur de l'interdit, dès qu'il entre en charge, reçoit les comptes de l'administration provisoire (art. 505).

Art. 510.

Que doit-il faire des revenus de l'interdit?

2º Le mineur est surtout intéressé à la conservation et à l'accumulation de ses biens : son tuteur doit donc être discret et économe dans ses dépenses. Pour l'interdit, au contraire, l'accroissement de fortune n'est que d'un intérêt secondaire; ce à quoi il importe de songer avant tout, c'est à le guérir, ou tout au moins à le soulager et à le distraire. De là cette règle de conduite pour son tuteur : « Les revenus de l'interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. »

Le tuteur de l'interdit est-il obligé de le prendre et de le soigner dans sa propre maison?

Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille décide s'il sera traité à son domicile, ou s'il sera traité dans une maison de santé, ou dans un hospice. Dans tous les cas, le tuteur ne peut pas être contraint de le prendre et de le soigner dans sa propre maison.

Art. 511.

Lorsqu'il est question du mariage de l'*enfant* de l'interdit, par qui sont réglés la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales?
Pourquoi la dot est-elle appelée *avancement d'hoirie ?*
Est-il bien exact de dire que les conventions matrimoniales de l'enfant de l'interdit sont faites par le conseil de famille de ce dernier?

3º « Lorsqu'il est question du *mariage* de l'*enfant* de l'interdit, la *dot* ou l'*avancement d'hoirie* et les *autres conventions matrimoniales* sont réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du ministère public. »

« Lorsqu'il est question *du mariage*... » Ajoutez, par analogie de motifs : ou de tout autre établissement...

« La dot ou l'*avancement d'hoirie*... » La *dot* est ici appelée *avancement d'hoirie,* parce qu'elle est prise *par avance* sur la portion de biens que l'enfant est appelé à recueillir un jour en qualité d'héritier, dans l'*hoirie,* c'est-à-dire dans la succession de l'interdit.

« *Et les autres conventions matrimoniales*... » Cela n'est pas absolument vrai. Lorsque l'enfant d'un interdit se marie, personne

ne peut remplacer cet enfant au contrat de mariage. C'est lui qui y figure en personne et qui fait lui-même ses *conventions matrimoniales,* seul, s'il est majeur, sinon, avec l'assistance de ses ascendants, s'il en a, ou, à leur défaut, avec l'assistance de son conseil de famille. Ce n'est donc pas, ainsi que le dit à tort notre article, le conseil de famille *de l'interdit* qui règle *les conventions* matrimoniales de l'enfant qui se marie. Toutefois, le conseil de famille de l'interdit étant le maître de ne constituer une dot à l'enfant que sous la condition qu'il se mariera sous tel régime plutôt que sous tel autre, il est vrai de dire qu'il est partie au contrat et qu'ainsi il participe aux conventions matrimoniales.

Art. 508.

Le tuteur de l'interdit est-il obligé de rester en charge tant que dure la tutelle?

1300. — *De la durée de la tutelle des interdits.* — Le tuteur ordinaire est obligé de rester en fonctions tant que dure la tutelle, c'est-à-dire jusqu'à la majorité ou l'émancipation du mineur. Il y a là un maximum de durée, connu d'avance : la loi a pu, sans injustice, l'imposer au tuteur. Il n'en est point de même de la tutelle des interdits : sa durée est indéfinie, puisqu'elle peut durer pendant toute la vie de l'interdit, pendant 50 et 80 ans... peut-être. La loi n'a pas voulu qu'une charge, qui est gratuite et fort lourde, restât indéfiniment sur la tête du même tuteur. De là la faculté accordée au tuteur de l'interdit de demander sa décharge après dix ans d'exercice. Toutefois cette faculté n'a plus lieu lorsque la tutelle est exercée par le conjoint, par l'ascendant ou par le descendant de l'interdit.

Art. 509.

Quelles différences y a-t-il entre la tutelle des interdits et celle des mineurs?

1301. — *Différences principales entre la tutelle des mineurs et celle des interdits.* — 1° Le mineur n'entre en tutelle que lorsqu'il a perdu son père ou sa mère. L'interdit, au contraire, reçoit un tuteur même du vivant de ses père et mère.

2° La tutelle des mineurs est *légitime, testamentaire* ou *dative ;* la tutelle des interdits, sauf celle du mari, qui est le tuteur légitime de sa femme interdite, est toujours *dative.*

3° Le tuteur du mineur doit, autant que possible, restreindre la dépense, afin de capitaliser les économies qu'il réalise. Le tuteur de l'interdit, au contraire, doit, avant tout, songer à guérir ou à soulager le malade qui lui est confié; les économies à faire ne sont que l'objet secondaire de sa mission.

4° Le tuteur ordinaire est tenu de rester en fonctions tant que dure la tutelle du mineur; le tuteur de l'interdit, au contraire, peut obtenir sa décharge après dix ans d'exercice.

II. *Des effets de l'interdiction dans le passé.*

Art. 503 et 504.

1302. — Le jugement qui prononce l'interdiction ne *crée* point l'incapacité de l'interdit; il ne fait que la *reconnaître* et la *notifier au public.* Elle vient, en effet, d'une cause antérieure au jugement, c'est-à-dire de l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur,

dans lequel l'interdit se trouvait déjà à l'époque de la demande en interdiction.

Quels sont les effets de l'interdiction quant aux actes *antérieurs* au jugement qui l'a prononcée?

L'interdiction ne fait donc que constater une incapacité ***préexistante***. — Toutefois, elle n'a point sur les actes ***antérieurs*** au jugement qui l'a prononcée un effet aussi radical que sur les actes ***postérieurs***.

A partir du jugement, l'incapacité de l'interdit est ***notoire***. Elle est, de plus, ***continue :*** car la preuve des intervalles lucides n'est point permise (voy. le n° 1273). Les actes faits pendant ce temps sont donc ***nécessairement annulables***. La loi, qui les a jugés d'avance faits par un incapable, veut que les juges en prononcent la nullité, lorsqu'elle est demandée par l'interdit ou par ses représentants.

Ainsi, quant aux actes ***postérieurs au jugement d'interdiction***, la nullité est obligatoire pour le juge, qui ne peut pas ne pas la prononcer lorsqu'on lui apporte la preuve qu'en effet ils ont été faits ***depuis*** l'interdiction et ***avant que l'interdit en ait obtenu la mainlevée***. La question soulevée est une pure question de dates.

A quelles conditions peuvent-ils être annulés?

La théorie n'est plus la même quant aux actes ***antérieurs***. L'interdit ou ses représentants n'en peuvent obtenir la nullité qu'autant que deux conditions concourent. Il faut qu'ils prouvent :

1° Que la cause de l'interdiction qui a été prononcée existait à l'époque où l'acte a été fait;

2° Qu'elle était *notoire* (voy la *Form*. 184).

Doivent-ils nécessairement être annulés lorsque ces conditions existent?

Ce n'est pas tout! Quoique cette double preuve soit faite, la nullité de l'acte n'est pas encore certaine. La loi ne dit point, en effet, qu'elle *devra* être prononcée ; elle dit seulement qu'elle *pourra* l'être. La loi n'impose point un devoir aux juges; elle leur confère une ***faculté***, c'est-à-dire un pouvoir discrétionnaire. C'est à eux à peser toutes les circonstances qui ont précédé ou accompagné l'acte, sa nature et ses conséquences plus ou moins dommageables, la bonne foi plus ou moins grande des tiers contractants. La *notoriété* de l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur, de la personne avec laquelle ils ont contracté, fait, il est vrai, ***présumer*** qu'ils connaissaient son incapacité; mais elle n'exclut pas absolument la possibilité de leur bonne foi : il se peut, en effet, que l'acte ait été fait pendant un intervalle lucide.

Quelle différence y a-t-il donc entre les actes *postérieurs* et les actes *antérieurs* au jugement d'interdiction?

1303. — Voici donc la différence entre les actes *postérieurs* et les actes *antérieurs* au jugement. Les premiers doivent nécessairement être annulés, par cela seul qu'ils ont été faits depuis le jugement : nulle autre preuve n'est à faire. Les juges n'ont aucun pouvoir discrétionnaire ; la question des intervalles lucides ne peut pas être soulevée. Les seconds, au contraire, ne sont annulables qu'autant qu'on rapporte la preuve des deux conditions dont nous avons parlé. Et, cette double preuve faite, les juges peuvent, suivant les circonstances, ou annuler l'acte ou le maintenir.

La personne qui, à

1304. — On s'est demandé si la personne qui, à une certaine

époque, s'est trouvée dans un état habituel de démence ou de fureur, mais qui est actuellement guérie, peut invoquer le bénéfice de notre article 503, *quoiqu'elle n'ait jamais été interdite*.

une certaine époque s'est trouvée dans un état habituel de démence ou de fureur, mais qui est actuellement guérie, peut-elle, *quoiqu'elle n'ait jamais été interdite*, demander conformément à notre art. 503, la nullité des actes qu'elle a faits à l'époque où elle n'était pas saine d'esprit ?

La ***négative*** résulte du texte même de la loi, qui ne traite que des actes faits par une personne qui ***a été interdite***. Cette solution, du reste, importe peu : car, soit que l'on prenne la ***négative***, soit qu'on accepte l'*affirmative*, on arrive, à peu de chose près, aux mêmes résultats. Je m'explique.

Dans l'hypothèse réglée par notre article, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'actes faits ***par un interdit,*** mais avant son interdiction, l'interdit ou ses représentants n'ont pas besoin, pour obtenir l'annulation de l'acte qu'ils attaquent, de prouver qu'au moment où il a été passé, l'interdit était hors d'état de consentir ; il leur suffit d'établir qu'il était, à cette époque, dans un état ***habituel*** de démence ou de fureur, et que cet état était ***notoire***. Le défendeur peut, il est vrai, soutenir qu'au moment où l'acte a été fait, l'interdit, se trouvant dans un intervalle lucide, jouissait de la plénitude de sa raison ; ***mais le doute s'interpréterait contre lui !***

Lors, au contraire, qu'il s'agit d'une personne qui n'a jamais été interdite, elle peut sans doute attaquer, ***pour cause de démence,*** les actes qu'elle a faits : car la démence est destructive du consentement, et le consentement est la première des conditions essentielles à la validité des contrats (art. 1108). Sans doute encore elle peut, pour établir qu'elle ne jouissait pas de sa raison au moment où elle a passé l'acte qu'elle attaque aujourd'hui, invoquer toute espèce de preuves, même des preuves indirectes, telles que de simples présomptions, et, parmi elles, la circonstance qu'elle était, au temps de l'acte, dans un état ***habituel et notoire de folie***. Mais son adversaire peut combattre la présomption qu'elle invoque par des présomptions contraires, auquel cas le doute s'interprète, non contre lui, mais ***contre elle***. En d'autres termes, la présomption est qu'elle a été capable au moment de l'acte : c'est à elle à la faire tomber par la preuve contraire ; or, si le conflit qu'elle engage sur ce point avec son adversaire n'établit qu'un doute, le doute n'étant pas une preuve, la présomption de sa capacité subsiste entière (1).

1305. — Reste un point. — Les actes faits par une personne ***aujourd'hui décédée*** peuvent-ils être attaqués par ses héritiers, ***pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur?*** Quelle preuve alors doivent-ils fournir à l'appui de leur demande en nullité (voy. la *Form.* 185)?

Les actes faits par une personne *décédée* peuvent-ils être attaqués par ses héritiers, pour cause d'*imbécillité*, de *démence* ou de *fureur?*

Quelles preuves doivent-ils fournir à l'appui de leur demande?

La loi répond à cette question par une distinction :

L'interdiction de cette personne a-t-elle été ***prononcée,*** ou au

(1) Consultez sur cette question MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 535 ; *Explic. somm.*, p. 369 ; Dur., t. III, n° 782 ; Marc., sur l'art. 503 ; Demol., t. II, n°s 660 et 661 ; Dem., t. II, n° 277 *bis*, II ; Aubry et Rau, t. I, § 127, p. 524 ; Laurent, t. V, n° 323.

moins *provoquée,* c'est-à-dire est-elle morte en état d'interdiction ou pendant le procès engagé contre elle pour la faire interdire : ses héritiers alors ont droit au bénéfice de l'article 503. Ainsi, ils peuvent faire tomber même les actes qu'elle a faits à l'époque où elle n'était pas encore interdite, en établissant qu'à cette époque elle était déjà ***notoirement dans un état habituel de démence ou de fureur.***

L'interdiction n'a-t-elle été ni prononcée, ni même provoquée contre elle : aucun de ses actes ne peut être attaqué pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur : elle est présumée avoir été, à toutes les époques de sa vie, en possession de la plénitude de sa raison.

Une seule exception a été admise : ses actes peuvent être annulés, *lorsqu'ils portent en eux-mêmes la preuve de la démence.*

Pourquoi la loi défend-elle aux héritiers d'une personne qui est décédée, sans qu'ils aient fait prononcer ou provoqué son interdiction, de se fonder sur son état de démence pour attaquer les actes qu'elle a faits?

1306. — Quels sont les motifs de cette rigueur de la loi? Pourquoi ne permet-elle point aux héritiers d'une personne décédée sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, de se fonder sur son état de démence pour attaquer les actes qu'elle a faits ? On a dit :

1° La personne dont on attaque les actes n'étant plus là pour être interrogée et fournir des renseignements sur son état, il est alors impossible de résoudre avec certitude le problème de sa capacité.

Mais, a-t-on objecté avec raison, lorsque l'auteur des actes qu'on attaque est mort après que l'interdiction a été *provoquée,* mais avant qu'elle ait été *prononcée,* la loi permet de les annuler pour cause de démence, bien que pourtant leur auteur ne soit plus là pour donner les renseignements dont on aurait besoin pour résoudre la question de savoir s'il était ou non sain d'esprit au moment de l'acte attaqué ;

2° Les héritiers qui prétendent que leur auteur était dans un état habituel et notoire de démence au moment des actes qu'ils attaquent, sont en faute de ne l'avoir pas fait interdire, ou de n'avoir pas provoqué son interdiction. Qu'ils subissent la peine de leur négligence !

Mais, a-t-on encore répondu, on ne peut reprocher aucune faute, ni à ses enfants, s'ils étaient à cause de leur grande jeunesse impuissants à agir, ni à ses légataires, ni à ses créanciers, puisqu'ils n'avaient point qualité pour provoquer son interdiction, et cependant ces personnes, tout irréprochables qu'elles sont, sont soumises à l'application de notre article !

— Voici, suivant quelques personnes, le véritable motif de la loi : les héritiers ou ayants cause d'une personne décédée sont naturellement enclins à attaquer les actes qu'en son vivant elle a faits à leur préjudice et, par suite, à prétendre qu'à l'époque où elle les a faits, elle n'était pas saine d'esprit. La loi a voulu tarir cette source de procès, et c'est uniquement dans ce but qu'elle

n'a voulu admettre d'autre preuve de la démence *que celle qui résulte de l'acte qui est attaqué* (1).

1307. — Deux questions se rattachent à cette matière :

Cette défense est-elle applicable aux cas où la personne décédée n'a été, de son vivant, que dans un état *accidentel* et *momentané* de démence ou de fureur?

1° Nous venons de voir qu'il n'est point permis d'attaquer, pour cause de démence, les actes faits par une personne décédée, dont l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée avant son décès. On s'est demandé si cette prohibition était applicable au cas où la personne *n'avait jamais été en état d'être interdite,* c'est-à-dire au cas où elle avait été seulement atteinte d'une folie *purement accidentelle et momentanée.* Ainsi, une personne est décédée ; son héritier, qui demande la nullité de l'un de ses actes, soutient qu'au moment où elle l'a fait, elle se trouvait dans un état complet d'ivresse, ou dans un accès de fièvre délirante : doit-il être admis à faire cette preuve? et, s'il réussit, l'acte doit-il être annulé?

L'affirmative est admise par ceux qui pensent que la prohibition de notre article est fondée sur ce motif que les héritiers qui n'ont point, en temps utile, provoqué l'interdiction de leur parent, ont commis une faute dont ils doivent supporter la peine. « Aucune faute ne peut, dit-on, leur être reprochée dans l'espèce : car, leur parent n'étant point dans un état *habituel* de démence ou de fureur, ils n'ont pas pu, et, par conséquent, ils n'ont pas dû provoquer son interdiction (art. 489); or, s'ils sont irréprochables, pourquoi les punir (2)? »

La négative est, au contraire, suivie par ceux qui soutiennent que l'article 504 a eu principalement pour but de couper court aux procès (voy. le n° 1306, *in fine*). Si les héritiers devaient être admis à alléguer et à prouver que leur auteur était, au moment où il a fait tel ou tel acte qu'ils attaquent, privé accidentellement de sa raison, on ouvrirait précisément cette source de procès que la loi a voulu tarir (3).

S'applique-t-elle aux *donations* et *testaments*?

1308. — 2° La prohibition de notre article s'applique-t-elle à toute espèce d'actes, c'est-à-dire même aux *donations* et *testaments?* Nous résoudrons cette question sous l'article 901.

Section III. — De la cessation de l'interdiction.

Art. 512.

Quand cesse l'interdiction?

Comment l'interdit obtient-il la mainlevée de son interdiction?

1309. — « L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée. Néanmoins la mainlevée ne sera prononcée *qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction* (voy. la *Form.* 186), et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée. »

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 542; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 615. — Comp. MM. Demol., t. II, nos 663 et suiv.; Laurent, t. V, n° 324.

(2) Proud., t. II, p. 539 ; Bug., à son cours ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 504; Dem., t. II, n° 276 *bis*, I.

(3) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 539; *Explic. somm.*, p. 360; Aubry et Rau, t. I, § 127, note 13; Demol., t. II, n° 666; Laurent, t. V, n° 325.

« Qu'en observant les *formes* prescrites pour *obtenir* l'interdiction... » Remarquons, sur ce point :

L'interdit peut-il lui-même la demander?

1° Que la loi exige pour la demande en mainlevée d'interdiction *les mêmes formes* que pour la demande en interdiction, mais qu'elle ne dit point que la mainlevée ne peut être demandée que par les personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction; d'où il faut conclure que l'interdit peut lui-même agir en mainlevée de son interdiction. Autrement, ses parents pourraient, en restant dans l'inaction, le tenir perpétuellement en état d'incapacité, quoiqu'il ait recouvré toute sa raison;

Le jugement qui ordonne la mainlevée de l'interdiction doit-il être rendu public?

2° Que la loi ne renvoie qu'aux formes prescrites pour *obtenir* l'interdiction, et qu'ainsi il n'est pas nécessaire d'appliquer au jugement qui en prononce la mainlevée les formalités qui doivent suivre l'interdiction obtenue, c'est-à-dire les affiches du jugement. La loi a pensé qu'il importe bien moins d'apprendre aux tiers la capacité que l'incapacité d'une personne.

APPENDICE

I. — *De l'interdiction légale.*

La loi ne reconnaît-elle d'autre interdiction que l'interdiction *judiciaire*?

1310. — La loi reconnaît deux espèces d'interdiction : l'interdiction *judiciaire* et l'interdiction *légale*. Nous venons d'expliquer la première. La seconde nous est également connue : il en a été traité sous les nos 195 et suivants. Quelques mots suffiront à la résumer (1).

Toute personne qui a été condamnée à une peine afflictive perpétuelle, à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, est de plein droit, pendant le temps de la durée de sa peine, en état d'interdiction. Il lui est nommé un tuteur et un subrogé tuteur, pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour la nomination des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits (C. pén., art. 29 ; loi du 31 mai 1854, art. 2).

L'interdit *légal,* de même que l'interdit *judiciaire*, est privé, non pas de la jouissance, mais simplement de l'exercice de ses droits civils.

Toutefois, l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire n'ayant ni la même cause ni le même but, cela amène entre elles plusieurs différences que nous devons signaler.

Quel est le fondement de l'interdiction *judiciaire*?

L'incapacité résultant de l'*interdiction judiciaire* a son fondement dans le *défaut de raison* de l'interdit : on lui retire l'exercice de ses droits, parce qu'il est réputé n'être pas sain d'esprit ; on le lui retire, parce que l'usage qu'il en ferait tournerait contre lui-

(1) Sur cette matière, voy. notamment Val., *Cours de C. civ.*, p. 91 et suiv., 624 et suiv.

même et contre sa famille. Ce n'est pas *contre,* c'est *pour* lui, dans son intérêt et pour le protéger, qu'on l'interdit. De là cette double conséquence :

1° Son incapacité est *générale:* elle s'applique à tous les actes qu'il pourrait faire valablement s'il était sain d'esprit. Ainsi, il ne peut ni administrer ses biens, ni s'obliger, ni donner, ni tester ;

Quelle est la nature de l'incapacité qui en résulte ?

2° La nullité des actes qu'il fait est uniquement établie dans son intérêt : elle est donc *relative.* Ainsi, elle ne peut être demandée que par lui ou par ses représentants : les tiers qui ont contracté avec lui subissent le parti qu'il lui plaît de prendre ; la nullité du contrat, s'il la demande, le maintien du contrat, s'il le ratifie (voy. le n° 1292).

1311. — L'incapacité résultant de l'*interdiction légale* n'a plus le même fondement. Le condamné, en effet, jouit de la plénitude de sa raison : *en fait,* il est pleinement capable. Son incapacité est donc purement *civile.* On lui retire l'*exercice* de ses droits, afin qu'il ne puisse pas trouver, *dans la disposition de ses biens*, le moyen de se procurer des ressources qui pourraient faciliter son évasion ou sa contumace. L'incapacité dont il est atteint est établie, non *pour,* mais *contre* lui. De là cette double conséquence :

Quel est le fondement de l'interdiction *légale?*

Quelle est la nature de l'incapacité civile qui en résulte?

Quelles différences y a-t-il entre l'interdiction *judiciaire* et l'interdiction *légale?*

1° L'interdit légal peut valablement tester (voy le n° 196) ;

2° La nullité des actes qu'il fait en contravention à la loi, étant d'ordre public, est *absolue,* en ce sens qu'elle peut être invoquée, non seulement par lui ou par ses représentants, mais encore par les tiers qui ont traité avec lui, sans qu'il y ait même à distinguer s'ils ont ou non connu son interdiction : car le but que s'est proposé la loi est d'autant plus sûrement atteint que la nullité de l'acte est plus certaine.

Quelques personnes vont même plus loin : elles refusent l'action en nullité à l'interdit, lorsqu'il a trompé sur sa position les tiers qui ont contracté avec lui. Le dol qu'il a commis dans ce cas le rendrait passible des dommages que la nullité ferait éprouver à ceux qu'il a trompés ; or, à quoi bon causer un dommage qu'il faudrait ensuite réparer ? Il est bien plus naturel de ne pas le causer et, par suite, de respecter le contrat (voy. le n° 197) !

1312. — Signalons, en terminant, une troisième différence. L'interdit *judiciaire,* étant réputé incapable d'avoir une volonté libre et éclairée, est par là même incapable de se marier (voy. les n°s 533 et 534). — Le mariage contracté par un interdit *légal* est, au contraire, très valable : car la loi n'en a ni directement ni implicitement prononcé la nullité, et, en matière de mariage surtout, les nullités ne se suppléent point (voy. le n° 563, 4°).

II. — *Des personnes non interdites, placées dans une maison d'aliénés.*

LOI DU 30 JUIN 1838 SUR LES ALIÉNÉS.

La théorie du Code sur les personnes aliénées ne présentait-elle pas un très-grave inconvénient? Quelle loi l'a fait disparaître

1313. — La théorie du Code sur les personnes aliénées présentait plusieurs inconvénients.

Une personne est en état de démence ou de fureur : quel parti prendre ? Le Code n'en offrait qu'un seul, l'interdiction ! Or, ce moyen est trop extrême pour qu'on y recoure toujours. Les familles n'osaient point l'employer, soit parce qu'elles craignaient d'aggraver la position de leur parent en le faisant passer par toutes les procédures de l'interdiction, soit parce qu'il leur répugnait de révéler au public l'existence d'une infirmité qui, par sa nature, réfléchit contre chacun des membres de la famille dans laquelle elle se rencontre.

Elles préféraient alors placer leur parent dans une maison de santé ou d'aliénés. Souvent même, et dans l'espoir de sa guérison, elles désiraient l'y placer après son interdiction. Mais comment l'y conduire, et surtout comment l'y retenir, malgré lui ? Le principe de la *liberté individuelle* ne le permettait point !

On le faisait cependant. La loi était violée, sans doute, puisqu'on tenait renfermées malgré elles, *sans aucune procédure ni jugement,* les personnes qu'on plaçait dans les maisons d'aliénés ; mais cet usage était si éminemment utile que l'autorité avait cru devoir le tolérer, tout illégal qu'il était.

La loi du 30 juin 1838 a comblé les lacunes que notre législation présentait à cet égard. Elle *autorise* (elle le *prescrit* pour le cas où l'autorité le juge nécessaire) le placement des aliénés, interdits ou non, dans les établissements destinés à les recevoir et à les soigner.

Quels sont les différents objets de cette loi?

1314. — Cette loi a un triple objet. Elle règle :

1° Le placement de l'aliéné dans la maison où il doit être soigné ;

2° Sa sortie de la maison (les mesures que la loi prescrit, sous ce double rapport, ont pour but de prévenir les abus qui pourraient être commis et principalement les *séquestrations arbitraires*) ;

3° La condition et la capacité de l'aliéné pendant le temps qu'il passe dans la maison où il a été placé.

Ce dernier point de vue rentre seul dans l'objet de nos études. J'en dirai quelques mots.

Quel est l'état de la personne placée dans un établissement d'aliénés?

L'état de la personne placée dans un établissement d'aliénés est réglé *conformément au droit commun,* lorsqu'elle est déjà *interdite* ou lorsqu'elle est *mineure.*

Que si elle est *majeure* et *non interdite,* sa condition, bien qu'elle ait quelque analogie avec celle des interdits, en diffère cependant sous plusieurs rapports :

1315. — 1° Les actes faits par un *interdit* sont annulables, par cela seul qu'ils ont été faits depuis le jugement d'interdiction : les juges ne pourraient pas, lorsque l'interdit ou ses représentants en demandent l'annulation, refuser de la prononcer, sous prétexte que les actes attaqués ont été faits dans un intervalle lucide (voy. le n° 1273). Il n'en est pas de même de ceux qui ont été faits par un simple *aliéné :* leur annulation, au lieu d'être *obligatoire,* est *facultative* pour les juges, qui peuvent, suivant les circonstances, ou accorder ou refuser l'annulation demandée par l'aliéné ou par ses représentants (art. 39, 1er alinéa, de la loi du 30 juin 1838) (1). Quelles différences y a-t-il entre elle et un interdit?

1316. — 2° L'action en nullité qui compète à l'*interdit* et celle qui appartient à un *aliéné* se prescrivent l'une et l'autre *par dix ans;* mais le point de départ de ces dix ans n'est point le même pour l'une et l'autre action.

Les dix ans courent *de plein droit,* à l'égard de l'interdit, du jour où il a obtenu mainlevée de son interdiction; à l'égard de ses héritiers, dans le cas où il est mort interdit, du jour de son décès.

Quant aux actes faits par les aliénés, les dix ans ne commencent à courir qu'à compter du jour où l'acte sujet à annulation a été signifié soit à l'aliéné après sa sortie définitive de l'établissement, soit à ses héritiers, dans le cas où il est mort dans l'établissement même. Toutefois, si l'aliéné ou ses héritiers ont eu, par une autre voie que la signification, connaissance de l'acte, dès qu'ils l'ont connu, les dix ans courent (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 1304).

1317. — 3° L'*interdit* a un *tuteur* qui administre son patrimoine, et un subrogé tuteur qui surveille l'administration du tuteur. — L'*aliéné* n'a ni tuteur ni subrogé tuteur : l'administration de ses biens est confiée à un *administrateur provisoire* (loi de 1838, art. 31 et 32).

1318. — 4° Le *tuteur* de l'interdit peut faire tous les actes qui intéressent l'interdit, non seulement les *actes d'administration,* mais encore, pourvu qu'il soit dûment autorisé à cet effet, les *actes de disposition,* tels que l'aliénation des immeubles, les emprunts, les constitutions d'hypothèques, les acceptations de succession..... L'*administrateur provisoire* dont je viens de parler ne peut, au contraire, faire que des *actes d'administration.* S'agit-il d'exercer une action : le tribunal nomme, dans ce but, un mandataire spécial (loi de 1838, art. 33). S'agit-il d'aliéner un immeuble, d'emprunter, de constituer une hypothèque : aucun de ces actes n'est possible ; personne n'a et ne peut recevoir qualité pour les faire au nom de l'aliéné; s'ils sont absolument indispensables, il faut de toute nécessité faire interdire l'aliéné et lui donner un tuteur.

1319. — 5° Le tuteur de l'interdit est nommé par le conseil de

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 127 *bis*, notes 35 et 36; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 639.

famille. — L'administration provisoire des biens de l'aliéné appartient, de plein droit, à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement *public* où il a été placé. S'il est soigné dans un établissement *privé*, l'administrateur provisoire est nommé par le tribunal.

1320. — 6° Le tuteur doit tout à la fois administrer les biens de l'interdit et prendre soin de sa personne. Quant à l'*aliéné*, les deux fonctions sont toujours divisées. L'administration des *biens* est ordinairement confiée à l'héritier présomptif : l'intérêt qu'il a à bien gérer est une garantie de sa bonne administration. La *personne* de l'aliéné est confiée à un curateur spécial, choisi en dehors *de ses héritiers présomptifs* (loi de 1838, art. 38). On devine le motif de cette exclusion.

1321. — 7° L'interdit a une hypothèque générale et dispensée d'inscription sur tous les immeubles présents et à venir de son tuteur (art. 2121 et 2135). — L'aliéné, en principe, n'a point d'hypothèque sur les biens de l'administrateur provisoire qui lui a été donné. Toutefois, le tribunal peut, en nommant l'administrateur, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme qu'il détermine. — Cette hypothèque doit être, à la requête du procureur de la République, inscrite dans le délai de quinzaine ; elle ne date que du jour de l'inscription (loi de 1838, art. 34).

1322. — 8° Le tuteur de l'interdit ne peut se faire décharger de la tutelle qu'après dix ans d'exercice (voy. le n° 1300). — Les pouvoirs de l'administrateur provisoire des biens de l'aliéné cessent de plein droit après un délai de trois ans ; mais ils peuvent être renouvelés (loi de 1838, art. 37).

CHAPITRE III. — Du conseil judiciaire.

Art. 513 à 515.

Qu'est-ce qu'un *conseil judiciaire ?*

1323. — I. Ce que c'est qu'un conseil judiciaire. — Le conseil judiciaire est une sorte de curateur désigné par la justice pour assister une personne qu'elle a déclarée incapable de faire seule *certains* actes de la vie civile.

Quelles personnes peuvent être pourvues d'un conseil judiciaire?

1324. — II. Quelles personnes peuvent être pourvues d'un conseil judiciaire. — Peuvent recevoir un conseil judiciaire :

1° Les personnes qui, bien que *faibles d'esprit,* ne sont point néanmoins assez privées de raison pour être interdites (voy. les nos 1284 et 1285) ;

2° Les *prodigues*. On appelle ainsi ceux qui, passant leur vie dans le désordre et la dissipation, compromettent leur fortune par de vaines et folles profusions. La prodigalité, au reste, ne peut pas être définie rigoureusement. La loi s'en rapporte, à cet égard, à l'appréciation des juges.

Quelles personnes

1325. — III. Quelles personnes ont qualité pour provoquer la

NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE. — QUELLES SONT LES FORMALITÉS A SUIVRE, SOIT POUR OBTENIR LA NOMINATION DU CONSEIL, SOIT POUR FAIRE CESSER L'INCAPACITÉ RÉSULTANT DE SA NOMINATION. — La défense de procéder à certains actes sans l'assistance d'un conseil, ainsi que la nomination du conseil, peuvent être provoquées par ceux qui ont droit de demander l'interdiction; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière. — Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités (voy. les *Form.* 187 et 188).

ont qualité pour provoquer la nomination d'un conseil judiciaire? Quelles sont les formalités à suivre, soit pour obtenir la nomination du conseil, soit pour faire cesser l'incapacité qui en résulte?

Aucun jugement, en matière d'interdiction ou de nomination de conseil, ne peut être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.

1326. — IV. POUR QUELS ACTES LE CONSEIL JUDICIAIRE PEUT ÊTRE NOMMÉ. — Ces actes sont énumérés par la loi elle-même. Aux termes de l'art. 513, « il peut être défendu aux prodigues : 1° *de plaider;* 2° *de transiger;* 3° *d'emprunter;* 4° *de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge;* 5° *d'aliéner;* 6° enfin, *de grever leurs biens d'hypothèques,* sans l'assistance du conseil qui leur est donné ». Les juges ne peuvent rien retrancher de cette énumération, ni rien y ajouter.

Pour quels actes le conseil judiciaire peut-il être nommé?

1327. — V. DES EFFETS DE CETTE DEMI-INTERDICTION. — La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut valablement acter, dans les divers cas qui viennent d'être énumérés, qu'avec l'assistance de son conseil. A défaut de cette assistance, les actes qu'elle fait sont, non pas *nuls,* mais *annulables* seulement, de même que ceux qui émanent d'un interdit (voy. l'art. 502, et, ci-dessus, le n° 1292).

Quels sont les effets de cette demi-interdiction?

Quant aux actes qui ne sont point compris dans l'énumération de ceux pour lesquels la loi déclare le prodigue incapable, il peut valablement les faire seul. Ainsi, pour lui, l'incapacité, c'est l'*exception;* la capacité, le droit commun. D'où il faut conclure notamment qu'il peut, et sans l'assistance de son conseil :

1° Faire son testament; 2° se marier. La loi, en effet, ne le lui défend point. Mais, bien entendu, il devra prendre l'assistance de son conseil pour faire ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire le règlement de ses rapports pécuniaires avec son futur conjoint : car il ne peut, à lui seul, disposer ni de ses capitaux, ni de ses immeubles (1). Quant à l'hypothèque qui pèse sur les biens du mari au profit de la femme (art. 2121), la femme du prodigue l'acquiert dans tous les cas, c'est-à-dire encore que le mariage ait eu lieu sans l'assistance du conseil. Cette hypothèque est, en effet,

(1) Ainsi, à lui seul, il ne peut que se marier sous le régime de la séparation de biens. Que s'il ne fait pas de contrat, ses meubles, autres encore que *ses capitaux*, tombent seuls dans la communauté : car il est tout aussi incapable de disposer *tacitement* qu'expressément, et le régime de la communauté légale a son fondement dans l'intention présumée des parties. — Comp. MM. Demol., t. II, n° 740; Val., *Cours de C. civ.*, p. 611; Aubry et Rau, t. I, § 140, p. 573 et 574.

indépendante de la volonté du mari : qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, la loi, dans un intérêt d'ordre public, l'établit toujours.

Comment le conseil judiciaire exerce-t-il ses fonctions?

1328. — VI. COMMENT LE CONSEIL JUDICIAIRE EXERCE SES FONCTIONS. — Il ne représente point le demi-interdit, il l'*assiste* seulement. Il ne suffit point, au reste, qu'il l'*autorise* à faire tel ou tel acte; il faut qu'il l'*assiste*, c'est-à-dire qu'il prenne part, par *sa présence* et son consentement, à la passation de l'acte, qu'il y coopère, en un mot.

Cependant dans la pratique on se contente, quant aux actes extrajudiciaires, d'un consentement donné par un écrit séparé et antérieur à la passation de l'acte.

Mais un consentement donné après coup n'aurait aucune valeur, et, par conséquent, aucun effet.

Quelles différences y a-t-il entre l'interdiction et la demi-interdiction résultant de la nomination d'un conseil judiciaire?

1329. — VII. DIFFÉRENCES ENTRE L'INTERDICTION ET LA DEMI-INTERDICTION RÉSULTANT DE LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE. — 1° L'interdit est frappé d'une incapacité *générale;* il ne peut rien. L'incapacité du demi-interdit est spéciale, c'est-à-dire *restreinte à certains actes énumérés par la loi* (art. 499 et 513) ; en dehors de ces actes, il est tout aussi capable qu'un majeur ordinaire.

2° L'interdit n'agit point en personne; il a un tuteur qui *le représente*, qui agit pour lui (voy. le n° 1165). Le demi-interdit, au contraire, exerce lui-même et en personne tous ses droits, sauf à prendre l'assistance de son conseil dans les cas spécifiés par la loi.

La demi-interdiction résultant de la nomination d'un conseil judiciaire produit-elle ses effets quant aux actes *antérieurs* au jugement qui l'a prononcée ?

Quelle est la cause de cette différence avec l'interdiction?

3° L'interdiction produit son effet quant aux actes *postérieurs* et quant aux actes *antérieurs* au jugement qui l'a prononcée (voy. les n°s 1291 et s.). La demi-interdiction, au contraire, ne produit d'effet que dans l'avenir; elle n'a aucune influence sur les actes antérieurs au jugement qui l'a prononcée (comp. les art. 502 et 503). M. Valette explique très bien la raison de cette différence. « La faiblesse d'esprit et la prodigalité, dit-il, peuvent exister à des degrés différents et avec des nuances très nombreuses; il n'y aurait aucune sûreté pour les tiers s'il était possible, après le jugement, de frapper d'une nullité rétroactive les actes antérieurs. L'imbécillité et la folie ont, au contraire, des caractères d'une nature si tranchée et si apparente, qu'il est extrêmement difficile que les tiers n'en aient pas été instruits (1). »

Quelles différences y a-t-il entre un demi-interdit et un mineur émancipé?

1330. — VIII. DIFFÉRENCES ENTRE LE DEMI-INTERDIT ET LE MINEUR ÉMANCIPÉ. — L'un et l'autre exercent eux-mêmes leurs droits; l'un et l'autre ont un curateur sans l'assistance duquel ils sont incapables de faire certains actes. Leur position paraît donc identique. Ils diffèrent cependant sous plusieurs rapports. Je cite les principaux :

1° Le mineur émancipé ne peut faire certains actes qu'avec l'as-

(1) *Sur Proud.*, t. II, p. 570. Voy. aussi M. Demol., t. II, n° 662.

sistance de son curateur et l'autorisation de son conseil de famille; quelquefois même il lui faut de plus l'homologation du tribunal. Le demi-interdit, avec la seule assistance de son conseil, peut faire toute espèce d'actes.

2° Le mineur émancipé n'a pas besoin d'être assisté de son curateur pour exercer une action mobilière ou pour y défendre (voy. le n° 1250). Le demi-interdit, au contraire, a besoin, dans le même cas, de l'assistance de son conseil.

LIVRE DEUXIÈME

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

TITRE PREMIER

29e *Répétition.*

DE LA DISTINCTION DES BIENS

GÉNÉRALITÉS

1331. — I. Des objets du droit. — Le droit civil a pour objet : 1° les *personnes;* 2° les *biens;* 3° les *actions* ou la procédure, c'est-à-dire la manière dont nous devons procéder en justice pour faire reconnaître et pour exercer nos droits, lorsqu'on les méconnaît (1).

Le Code civil ne traite point des *actions;* cette matière appartient au Code de procédure.

Quant aux personnes, elles forment l'objet du livre Ier du Code civil : c'est là que la loi règle leur état, leur condition et leur capacité.

Le livre IIe est relatif aux *biens* et aux droits divers qu'on peut avoir sur eux. — Nous verrons dans le livre IIIe comment ces droits s'acquièrent et comment on les transmet (2).

Qu'entend-on par *choses?* Par *biens?*

1332. — II. Définition des choses et des biens. — On entend par *choses* tout ce qui existe, et par *biens* les choses qui sont susceptibles d'une propriété publique ou privée, c'est-à-dire qui peuvent être appropriées à telle personne ou à telle corporation, à l'exclusion des autres hommes. Ainsi, l'air, la lumière et les astres, qui sont des *choses,* et des choses assurément fort utiles aux hommes, ne sont pas des *biens,* juridiquement parlant : car, étant par leur nature destinés à l'usage de tous, ils échappent à toute appropriation : personne ne peut avoir sur eux une propriété exclusive (voy. toutefois les art. 542, 672 et 678).

(1) « *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* » Gaius, comment. I, § 8; Inst. de Just., pr. *De jure person.*

(2) Le premier projet de Cambacérès (ci-dessus, n° 31) contenait quatre livres, intitulés, le 1er, *De l'état des personnes;* le 2e, *Des biens;* le 3e, *Des contrats,* et le 4e, *Des actions.* Voy. Valette, *De la propriété et de la distinction des biens* (ouvrage posthume), p. 2.

Les *choses* diffèrent donc des *biens,* comme le *genre* diffère de l'*espèce :* les *choses* sont le genre, les *biens* l'espèce.

La loi, au reste, se sert indifféremment des deux mots; quand elle parle des *choses,* elle entend toujours désigner les *biens,* c'est-à-dire les choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine de quelqu'un.

Le mot *biens* vient de l'adjectif *bonus...,* qui vient lui-même du verbe *beare* lequel signifie *rendre heureux.* C'est qu'en effet les biens contribuent au bonheur des hommes par l'utilité morale ou matérielle qu'ils en retirent. D'où vient le mot *biens?*

1333. — III. Des droits relatifs aux biens : droits réels, droits personnels. — L'idée de *droit* et l'idée d'*obligation,* quoique distinctes dans leur nature et opposées dans leurs effets, sont *simultanées* dans leur origine et *inséparables* dans leur existence : l'idée de *droit* engendre nécessairement l'idée d'*obligation,* et réciproquement. Comment, en effet, la loi me confère-t-elle un *droit* de propriété sur un objet, si ce n'est en imposant à toute autre personne que moi l'*obligation* de ne pas toucher à ses produits? Quand suis-je *créancier ?* Évidemment quand un autre est mon *débiteur !*

Tout *droit* a donc pour corrélatif nécessaire une *obligation.*

— Le *droit* consiste dans la faculté accordée à une personne de faire ou d'exiger quelque chose.

L'*obligation* consiste dans la nécessité légale de procurer à quelqu'un un bénéfice, soit en faisant, soit en s'abstenant de faire une chose.

1334. — Les droits sont *réels* ou *personnels.* Quels droits peut-on avoir relativement aux biens ?

Le droit *réel* est la faculté accordée à une personne de s'attribuer, à l'exclusion de toute autre, l'utilité totale ou partielle d'une chose. Qu'est-ce qu'un droit *réel ?*

Le droit *personnel* est la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une ou plusieurs autres personnes nommément désignées lui procurent un avantage, soit en faisant, soit en s'abstenant de faire une chose. La personne autorisée à exiger le bénéfice qui fait l'objet de l'obligation s'appelle *créancier ;* celle qui est tenue de le procurer s'appelle *débiteur.* De là est venue l'habitude de désigner le *droit personnel* sous la dénomination de *créance,* et l'*obligation* sous le nom de *dette.* Un droit *personnel?*

Ainsi, le droit de propriété, c'est-à-dire la faculté attribuée à une personne de retirer d'une chose toute l'utilité qu'elle peut donner, est un droit *réel.*

Le droit que j'ai contre vous, à l'effet de vous contraindre d'exécuter telle obligation dont vous êtes tenu envers moi, par exemple, l'obligation de me rendre propriétaire d'une chose que vous m'avez promise, de faire mon portrait, de me payer telle somme d'argent, est un *droit personnel,* une *créance.*

1335. — Le droit *réel* est un pouvoir *direct et immédiat* sur une chose. La relation qu'il établit existe, *sans aucun intermédiaire,* entre la personne qui en est nantie et la chose qui en est l'objet.

Le droit *personnel,* au contraire, ne donne sur la chose qui en est l'objet aucune puissance directe et immédiate. Ainsi, lorsqu'une chose m'est due, je ne puis arriver à elle que *par l'intermédiaire du débiteur,* qui reste interposé entre elle et moi, tant qu'il n'a pas accompli son obligation. Le rapport qu'il établit existe donc directement, immédiatement, entre le créancier et le débiteur, et médiatement entre le créancier et la chose qui lui est due.

En d'autres termes, le droit *réel* est un droit *acquis*, établi dès à présent sur une chose ; le droit *personnel* est un titre pour avoir la chose, un acheminement vers le droit réel. Ainsi, quand je suis propriétaire, j'ai un droit acquis sur une chose : mon droit est *réel.* Si quelqu'un est obligé de me rendre propriétaire d'une chose qu'il se propose d'acquérir, j'ai un titre pour acquérir cette chose : mon droit est *personnel;* il sera *réel,* au contraire, lorsque mon débiteur m'aura, par l'exécution de son obligation, procuré le droit qu'il m'a promis.

Quel est le corrélatif du droit *réel?*

Le droit *réel* a pour corrélatif une obligation *générale* et *négative,* c'est-à-dire l'obligation imposée, non pas à tel ou tel individu, mais à *toute personne* autre que celle qui est investie du droit, de s'abstenir de tous actes qui pourraient en entraver l'exercice. Prenons pour exemple le droit réel par excellence, le droit de propriété : si nous l'analysons, qu'y trouvons-nous? D'une part, la faculté attribuée au propriétaire de retirer toute l'utilité de la chose sur laquelle son droit est établi, et, d'autre part, l'obligation imposée à toute autre personne, sans distinction, de ne pas toucher aux produits de cette chose et de s'abstenir de tous actes qui pourraient entraver le propriétaire dans l'exercice de son droit.

Du droit *personnel?*

Le droit *personnel,* au contraire, a pour corrélatif, non plus, comme le droit réel, une obligation *générale,* mais une obligation *relative*, c'est-à-dire une obligation imposée à une ou plusieurs personnes *individuellement déterminées.*

Vous vous êtes engagé envers moi à me faire avoir, à telle époque, la propriété d'une chose que vous n'avez pas encore, mais que vous vous proposez vous-même d'acquérir : vous êtes mon *débiteur* de cette chose ; j'en suis le *créancier*. Mon droit est *personnel :* car l'obligation sur laquelle il repose est restreinte à votre personne ; vous en êtes seul tenu.

Vous vous êtes engagé envers moi à ne pas jouer comme acteur sur tel théâtre. Mon droit est encore *personnel :* car le bénéfice que j'en dois tirer ne m'est dû que par vous seul ; mon droit est restreint et limité à votre personne.

Pourquoi le droit réel est-il appelé un droit *absolu* ou *général,* tandis que le droit personnel est appelé un droit *relatif?*

1336. — Ainsi, ce qui distingue le droit *réel* du droit *personnel,* c'est que le droit réel existe *adversùs omnes,* tandis que le droit personnel n'existe qu'*adversùs certam personam.*

C'est ce qui a fait dire que le droit réel est un droit *général, absolu,* c'est-à-dire opposable à tout le monde ; tandis que le

droit personnel est simplement *relatif,* c'est-à-dire établi seulement contre une ou plusieurs personnes individuellement déterminées (1).

Les tiers, ainsi que nous allons le voir, ont un intérêt bien plus marqué à connaître l'existence des droits réels qui grèvent les biens de la personne avec laquelle ils se mettent en relation, que l'existence des droits personnels dont elle peut être tenue. Si donc la loi eût été bien faite, elle eût pris soin de donner limitativement l'énumération des droits réels. C'est malheureusement ce qu'elle a négligé de faire.

De là une grande incertitude sur la nature de certains droits.

1337. — Quoi qu'il en soit, on peut citer, à titre d'exemples, comme faisant certainement partie des droits réels :

Quels sont les droits réels reconnus par le Code?

1° Le droit de *propriété;*
2° Le droit d'*usufruit;*
3° Le droit d'*usage;*
4° Le droit d'*habitation ;*
5° Les *servitudes* ou *services fonciers;*
6° Le *gage ;*
7° L'*antichrèse;*
8° Le *privilège;*
9° L'*hypothèque ;*

1338. — La distinction que nous venons de faire entre les droits réels et les droits personnels n'est pas purement doctrinale. Il

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les droits réels des droits personnels ?

(1) M. Ortolan, dans sa *Généralisation du droit romain,* p. 636 et suiv., a exposé *ex professo* la théorie des droits réels et des droits personnels. Comp. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 164 et suiv. de la 3e édition.

— Cette distinction des droits réels et des droits personnels pourrait être rendue très intelligible au moyen d'une fiction de droit. Il suffirait, pour cela, de *personnaliser les choses*, c'est-à-dire de les considérer comme des personnes *capables de s'obliger* envers quelqu'un. On dirait alors : Tout *droit* suppose une *dette;* tout créancier a son *débiteur.* Or, le *débiteur*, je veux dire la personne *obligée* de procurer le bénéfice qui fait l'objet du droit, peut être soit une *chose*, considérée comme une personne civile, soit une *personne* proprement dite. Au premier cas, le droit est *réel;* au second, il est *personnel.*

Ainsi, lorsque je suis propriétaire d'une chose, mon droit est réel : car c'est la chose même sur laquelle mon droit est établi qui est obligée envers moi : elle me doit tous ses services, tous les avantages qu'elle peut procurer.

J'ai le droit, je suppose, d'appuyer ma poutre sur votre mur. Mon droit est *réel :* car le bénéfice qui en fait l'objet doit m'être procuré, non par vous, mais par votre mur. C'est votre mur qui est obligé envers moi; c'est lui qui est mon débiteur.

Vous m'avez promis de labourer mon champ chaque fois que vous laboureriez le vôtre. Mon droit est personnel : car le bénéfice que j'en dois retirer doit m'être procuré, non par votre champ, mais par vous. C'est vous qui êtes obligé envers moi; c'est vous qui êtes mon débiteur.

Il se peut qu'une *chose* et qu'une *personne* soient en même temps obligées envers une autre personne : deux droits existent alors, un droit réel et un droit personnel. Ainsi, lorsque je vous prête une somme d'argent, et que vous affectez par hypothèque un immeuble au paiement de votre dette, j'ai pour obligés vous et votre immeuble; j'ai deux débiteurs au lieu d'un.

existe, en effet, entre ces deux classes de droits des différences pratiques fort remarquables, qu'il importe de connaître.

1° Le droit réel est un *droit de préférence;* le droit personnel, un droit *sans préférence.*

Je m'explique.

Lorsqu'une *chose* est obligée envers moi, c'est-à-dire lorsque j'ai sur elle un droit réel, celui à qui elle appartient ne peut pas, sans mon consentement, l'obliger envers quelqu'un à mon préjudice. Les droits constitués sur elle *postérieurement* au mien ne viennent point en concours avec lui; *je passe avant tout* (1)! Ainsi, lorsque le propriétaire d'un bien sur lequel j'ai un droit réel d'usufruit constitue sur ce bien un autre droit d'usufruit, ou telle autre servitude, mon droit reste entier; il ne subit aucune diminution. Ces droits, constitués postérieurement au mien, sont nuls quant à moi, et ne peuvent être exercés à mon préjudice. — De même, lorsqu'un bien a été hypothéqué successivement à différents créanciers, et que l'argent provenant de la vente qui en a été faite est insuffisant pour les désintéresser tous, cet argent, au lieu d'être distribué entre eux proportionnellement au montant de leurs créances, appartient au premier créancier hypothécaire inscrit, à l'exclusion des autres.

Lors, au contraire, qu'une *personne* est obligée envers moi, elle peut, sans mon consentement, me donner, en contractant des obligations nouvelles, des cocréanciers, dont les droits, quoique postérieurs au mien viennent *en concours avec lui.* Leur présence porte à mon droit une atteinte que je dois subir : car la circonstance qu'il est antérieur au leur ne constitue point à mon profit *une cause de préférence.* Ainsi je ne prime personne : si mon débiteur est insolvable, je souffre comme chacun des autres créanciers.

Cette théorie est écrite, en ces termes, dans l'article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers : le prix s'en distribue entre eux *par contribution,* à moins qu'il n'y ait entre les créanciers *des causes légitimes de préférence...* », c'est-à-dire à moins que les biens du débiteur, ou quelques-uns d'eux, ne soient eux-mêmes obligés envers quelques-uns des créanciers.

1339. — 2° Le droit *réel* donne, du moins en général, un *droit de suite;* le droit *personnel* n'en donne pas.

Lorsqu'une *chose est obligée* envers moi, le droit que j'ai sur elle la suit partout où elle passe : peu m'importe qui la possède; peu m'importe qui en a la propriété. Entre quelques mains qu'elle soit, elle reste mon obligée. Ainsi, lorsque mon débiteur aliène la chose sur laquelle j'ai un droit réel d'hypothèque, le tiers acquéreur de cette chose est obligé de subir le droit que j'ai sur elle : il faut qu'il me paie ou qu'il consente à perdre la chose par lui acquise.

(1) Tel est, au moins, le droit commun. Mais voy. l'explic. de l'art. 2095.

Il n'en est plus de même lorsque c'est une *personne* qui est obligée envers moi. J'ai pour gage tous ses biens; mais, si elle les aliène, ils sortent de mon gage en même temps qu'ils sortent de son patrimoine : l'aliénation qu'elle en fait, pourvu qu'elle agisse de bonne foi, est irrévocable, même envers moi, et je suis forcé de la subir (1).

Un droit *réel* ne peut-il pas, sous un certain rapport, être *personnel*, et réciproquement?

1340. — En principe, les droits qui nous appartiennent, qu'ils soient réels ou qu'ils soient personnels, sont transmissibles à nos héritiers. Par exception, certains droits, tels que les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, sont exclusivement attachés à la personne qui en est nantie : ils s'éteignent avec elle quand elle meurt (art. 617 et 625).

Lorsqu'un droit est *héréditaire*, c'est-à-dire transmissible aux héritiers, on l'appelle *réel;* dans le cas contraire, on dit qu'il est *personnel*.

Ainsi, un droit qui est *réel*, en ce sens qu'il est établi sur une chose, peut être *personnel*, en ce sens qu'il est intransmissible aux héritiers : tel est, par exemple, le droit d'usufruit. A l'inverse, un droit qui est *personnel*, en ce sens qu'il n'existe qu'*adversùs certam personam*, peut être *réel*, en ce sens qu'il est transmissible aux héritiers du créancier.

Comment le Code divise-t-il les biens ?

1341. — IV. Division des biens. — Les chapitres I et II de notre Titre traitent des biens, considérés en eux-mêmes; le chapitre III s'occupe des biens, considérés dans leurs rapports avec les personnes.

Considérés en eux-mêmes, et abstraction faite des personnes qui les possèdent, les biens sont :

Qu'est-ce qu'une chose *corporelle?*

1342. — *a*. Corporels ou incorporels. — Les choses *corporelles* sont celles qui, ayant un corps réel, peuvent être saisies par l'un ou par l'autre de nos sens : tels sont, par exemple, une maison, un cheval, l'odeur d'une fleur.

Une chose *incorporelle ?*

Les choses *incorporelles* sont celles qui, n'ayant point de corps susceptible de tomber sous nos sens, ne peuvent être comprises

(1) D'autres différences existent entre le droit réel et le droit de créance. Ainsi, on peut ajouter :

3° La prescription court contre les *droits réels*, non seulement lorsqu'ils sont purs et simples, mais encore lorsqu'ils sont *à terme* ou *conditionnels*. — Elle ne court point, au contraire, contre les droits personnels *à terme* ou *conditionnels*, tant que le terme n'est pas échu ou que la condition n'est pas réalisée (voy., au t. III, le n° 1916).

4° On peut, par la prescription, acquérir certains droits réels. — Ce mode d'acquisition ne s'applique point aux droits personnels (voy., au t. III, les n°s 1759 et 1760--3°).

5° La distinction des droits réels et des droits personnels sert, en outre, à déterminer la *compétence des tribunaux*. Ainsi, lorsqu'un droit *réel immobilier* devient l'objet d'un procès, l'action doit être portée devant le tribunal *de la situation de l'objet litigieux*. — C'est, au contraire, le tribunal *du domicile du débiteur* qui est compétent, lorsque le droit qui fait l'objet du procès est *personnel*, mobilier ou immobilier (voy. l'art. 59, C. pr.).

que par l'intelligence. Les *droits* organisés par la loi dans l'intérêt des personnes, tels qu'un droit d'usufruit, de servitude, une créance..., n'ont, en effet, aucun corps saisissable; nous ne les pouvons concevoir que par un travail de l'esprit. Les *droits* forment donc la classe des choses incorporelles.

Tous les droits sont-ils rangés dans la classe des biens *incorporels ?*

1343. — Tous les droits cependant ne sont point rangés dans la classe des biens *incorporels :* la loi n'y comprend que les droits personnels et les démembrements du droit de propriété, tels que l'usufruit et les servitudes. Quant au *droit de propriété,* il figure parmi les *biens corporels.*

Pourquoi le *droit de propriété* a-t-il été rangé parmi les choses *corporelles ?*

Rationnellement cette distinction est inexplicable. Le droit de propriété n'est, en effet, qu'une abstraction. Il n'a point de forme, de couleur, de corps matériel susceptible de tomber sous l'un de nos sens : c'est, par conséquent, de même que tout autre droit, un être de raison, une chose immatérielle qui ne peut être comprise que par un travail de l'esprit, une chose *incorporelle,* en un mot! D'où vient donc qu'on l'a rangé parmi les biens *corporels,* alors qu'on classait ses démembrements (l'usufruit, l'usage.....) parmi les biens *incorporels?* — Cette anomalie s'explique historiquement. La propriété, étant le droit le plus absolu et le plus entier qu'il soit donné à l'homme d'avoir sur une chose, assujettit cette chose si étroitement envers le propriétaire et la lui rend tellement propre, qu'on a fini, confondant le *droit* avec *son objet,* par représenter matériellement la propriété par la chose même sur laquelle elle est établie. De là cet usage des Romains de désigner le droit de propriété par la chose même sur laquelle il porte. Au lieu de dire : j'ai acquis un droit de propriété sur cette chose....., la propriété de cette chose est à moi..., ils désignaient directement, immédiatement, *la chose,* sans mentionner expressément le droit. J'ai acquis *cette chose,* disaient-ils; *cette chose* est à moi.

Les autres droits, au contraire, tels, par exemple, que l'usufruit ou l'usage, ou bien encore une servitude prédiale, ne peuvent point être confondus avec la chose matérielle sur laquelle ils portent, puisque cette chose et les droits qui pèsent sur elle sont dans des mains différentes. Aussi, lorsqu'on en parle, est-il impossible de les faire connaître sans les mentionner expressément. On dit donc : j'ai l'*usufruit* de cette chose; j'ai une *servitude* sur cette chose.

Ces habitudes de langage ont exercé une influence sur la doctrine elle-même. Comme en parlant de la propriété on ne mentionnait jamais le *droit* (*chose incorporelle*), mais seulement la *chose corporelle* qui en était l'objet, tandis que, dans l'énoncé des autres droits, la formule qu'on employait pour les faire connaître portait toujours immédiatement sur le *droit même* qu'on voulait désigner, et médiatement sur la chose corporelle qui en était l'objet, les jurisconsultes romains, dominés par cette diversité de langage, finirent par ranger le droit de propriété parmi les

choses corporelles, tandis qu'ils classèrent les autres droits parmi les choses incorporelles (1).

Cette distinction, quoique peu rationnelle en soi, avait eu sur le droit romain une trop grande influence pour qu'on pût la réformer. Notre ancien droit français l'accepta sans même la discuter. Les rédacteurs du Code l'ont également reproduite, sinon expressément, au moins implicitement (voy. la rubrique du chap. VIII, tit. VI, liv. III. — Voy., en outre, les art. 1607 et 2075).

Ainsi, il est bien entendu que, dans les cas où la loi oppose les *choses* aux *droits,* c'est le droit de propriété qu'elle entend opposer aux autres droits (voy. l'explic. de l'art. 1127).

Y a-t-il quelque intérêt pratique à distinguer les choses *corporelles* des choses *incorporelles ?*

1344. — Il n'est pas inutile, au reste, de distinguer les *choses corporelles* (lisez : le droit de propriété) des *choses incorporelles* (lisez : les droits autres que le droit de propriété). Ainsi :

1° Les choses *corporelles* immobilières peuvent être hypothéquées. — Parmi les choses *incorporelles,* l'usufruit est le seul droit qui soit susceptible d'hypothèque (art. 2118);

2° Les choses *corporelles* peuvent être saisies par les créanciers de la personne à laquelle elles appartiennent, et vendues aux enchères, après affiches et publications. — Parmi les choses *incorporelles,* l'usufruit est le seul droit qui soit susceptible d'expropriation forcée (voy. l'art. 2204);

3° La vente de certaines choses *incorporelles* est soumise à des règles spéciales (voy. les art. 1689 et suiv.).

Art. 516

Qu'est-ce qu'un *immeuble ?* Un *meuble ?*

1345. — *b.* Meubles ou immeubles. — Les biens *immeubles* sont, à proprement parler, ceux que la nature ou la main de l'homme a rendus essentiellement *immobiles,* ou intransportables, par opposition aux choses qui, étant susceptibles de déplacement ou transportables, sont dites *mobiles* ou *meubles.*

N'existe-t-il pas certains biens qui ne peuvent être rangés ni parmi les immeubles ni parmi les meubles

Cette distinction est générale : elle embrasse même les *droits,* qui, selon que leur objet est mobilier ou immobilier, sont rangés dans la classe des meubles ou dans celle des immeubles. — Toutefois, certains droits existent qui, à cause de leur nature purement morale, ne peuvent être rangés ni parmi les meubles ni parmi les immeubles : tels sont les droits de famille, la puissance paternelle, le droit de se marier, la puissance maritale.

Quelles différences y a-t-il entre les règles qui régissent les immeubles et celles qui régissent les meubles ?

1346. — La division des biens en *meubles* et *immeubles* domine toute notre législation. Il n'est presque pas de matière où elle n'apparaisse avec une grande utilité pratique. Ainsi :

1° Les formalités de la saisie des *immeubles* sont plus compliquées, elles entraînent des délais plus longs, que celles auxquelles est soumise la saisie des *meubles* (voy. les art. 533 et s., 673 et s., C. pr.);

2° Les immeubles peuvent être *hypothéqués.* — Les meubles, à

(1) M. Pellat, *Exposé des princ. gén. de la propr. et de l'usufr.*, p. 5 et suivantes.

l'exception des navires, ne sont point susceptibles d'hypothèque (art. 2118 et 2119);

3° Quant aux immeubles, la prescription consiste dans la possession *prolongée pendant le temps déterminé par la loi :* tant que ce laps de temps n'est pas accompli, le propriétaire peut les revendiquer contre la personne qui les possède et en obtenir la restitution. — Quant aux meubles, au contraire, la prescription est, du moins en principe, dispensée du *laps de temps :* la possession suffit. Le propriétaire ne peut donc pas, en général, les revendiquer contre les tiers qui les possèdent. C'est ce qu'on exprime par cette formule bien connue : *en fait de meubles, la possession vaut titre* (voy. l'art. 2279);

4° La loi permet bien plus facilement l'aliénation des meubles que celle des immeubles. Ainsi, le tuteur, qui, pour aliéner les immeubles du mineur, a besoin d'obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, n'est soumis à aucune de ces conditions quant à l'aliénation du mobilier (voy. les n°s 1174 et s., 1186 et 1197). — La femme séparée de biens, quoique incapable d'aliéner ses immeubles, a la disposition de son mobilier (art. 1449). — Le mari, qui peut disposer à titre gratuit du mobilier de la communauté, ne peut point disposer au même titre des immeubles communs (art. 1422. — Voy., en outre, l'art. 1554) (1);

5° Lorsque les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale, tous les meubles qu'ils avaient au moment de la célébration de leur mariage tombent dans la communauté, tandis que les immeubles dont ils avaient la propriété ou la possession à la même époque leur restent propres (art. 1401 et 1402);

6° Les droits fiscaux auxquels donnent lieu les aliénations sont plus ou moins forts, suivant que le bien aliéné est immobilier ou mobilier (2);

7° La compétence des tribunaux est déterminée, en matière réelle *immobilière,* par la situation de l'immeuble litigieux; en matière *mobilière,* par le domicile du défendeur (art. 59, C. pr.);

(1) La propriété mobilière était autrefois peu importante dans le patrimoine des familles. Aussi nos anciens législateurs en faisaient-ils peu de cas. *Vilis mobilium possessio!* disaient-ils. Pour eux, la véritable fortune, celle qui attira toute leur attention, qu'ils crurent devoir protéger contre de trop faciles aliénations, consistait exclusivement dans la propriété des immeubles. Ce mépris pour la propriété mobilière se concevait peut-être alors; mais on regrette de le retrouver dans le Code. Les fortunes mobilières ont, en effet, atteint, par le développement de notre commerce et de notre industrie, un accroissement si prodigieux, qu'on peut, sans exagérer, affirmer qu'elles ont aujourd'hui une importance, sinon supérieure, au moins égale aux richesses immobilières. Notre Code n'est donc plus, sous ce rapport, en harmonie avec l'état actuel des fortunes.

(2) Ajoutez que l'aliénation des immeubles, non celle des meubles, est soumise à une certaine publicité. Voy. les art. 939 et suiv., 1069 et suiv. du Code civil, et la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription.*

8° Enfin, il peut arriver, après la mort d'un testateur, que deux personnes soient appelées à recueillir, l'une, tous les meubles, l'autre, tous les immeubles. On comprend combien alors notre distinction devient nécessaire : ce n'est que par elle qu'on peut reconnaître ce qui appartient à chacun des ayants droit.

CHAPITRE PREMIER. — Des immeubles.

1347. — Les *immeubles* sont, dans un sens restreint, les choses qui, ayant reçu de la nature ou de la main de l'homme une assiette fixe et immobile, ne peuvent pas être transportées d'un lieu dans un autre. Art. 517.

Quels biens sont immobiliers ? Combien la loi reconnaît-elle d'espèces d'immeubles ?

Toutefois, certaines choses, bien qu'essentiellement mobiles selon leur propre nature, reçoivent de la loi même un caractère immobilier, lorsqu'elles se rattachent, *par leur destination,* à un immeuble dont elles deviennent l'auxiliaire et l'accessoire.

La loi fait plus encore : elle attribue la qualité d'immeubles à certaines choses qui, étant *incorporelles,* ne peuvent être, par elles-mêmes et de leur propre nature, rangées ni parmi les immeubles ni parmi les meubles. Nous verrons, en effet, que les *droits* sont *mobiliers* ou *immobiliers* suivant qu'ils ont pour objet un *meuble* ou un *immeuble* (art. 526).

Ainsi, trois classes d'immeubles :

1° Les immeubles *par leur nature ;*

2° Les immeubles *par destination ;*

3° Les immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent.*

Ajoutons :

4° Les immeubles *par la déclaration de la personne dans le domaine de laquelle ils se trouvent.*

Première classe. — Immeubles par leur nature.

1348. — Les immeubles par leur nature sont : 1° les fonds de terre ; 2° les bâtiments ; 3° les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers ou faisant partie des bâtiments ; 4° les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou dans un autre héritage ; 5° les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis ; 6° les bois taillis et les futaies. Art. 518.

Quels biens sont immeubles *par leur nature ?*

Je n'ai rien à dire des *fonds de terre*. Quant aux cinq autres espèces d'immeubles par nature, quelques explications sont nécessaires.

1349. — I. Des batiments. — A proprement parler, les fonds de terre sont, parmi les biens, les seuls qui soient de véritables immeubles *par leur nature :* les bâtiments ne sont, en effet, qu'un assemblage de choses *mobilières,* et ce n'est que par leur incorporation au sol et par une modification de leur nature première que

Pourquoi les *bâtiments* sont-ils immeubles *par leur nature ?*

ces choses prennent une assiette fixe et immobile. Mais, comme, en fait, les bâtiments sont essentiellement immobiles et intransportables d'un lieu dans un autre, la loi les assimile au sol auquel ils adhèrent et avec lequel ils semblent se confondre.

Quid, s'ils sont construits par une personne autre que le propriétaire du sol ?

Et, puisque l'attache physique qui les lie au sol est si étroite, si solidement fixe, qu'on peut dire qu'ils semblent se confondre avec lui et ne faire qu'une seule et même chose, il en résulte que *leur incorporation suffit à elle seule, et indépendamment de toute autre condition, pour constituer le principe de leur immobilisation.* Peu importe donc la qualité de la personne par le fait ou par l'ordre de laquelle l'incorporation a eu lieu : qu'ils aient été construits *par le propriétaire* du sol, ou qu'ils l'aient été *par un tiers,* par exemple, par un fermier ou par un locataire, ils sont toujours immeubles comme le sol qui les porte. Qui a le sol a les bâtiments : *quod solo inædificatur, solo cedit.* Mais, bien entendu, le propriétaire qui acquiert par *accession* les bâtiments que des tiers ont construits sur son sol n'a droit de les garder que sous la condition d'indemniser le constructeur. Nous nous occuperons, sous l'article 555, du règlement de cette indemnité.

Art. 519 à 525.

Quid, des moulins, des tuyaux qui servent à l'écoulement des eaux, des récoltes pendantes par branches ou par racines ?

Quid, des escaliers, des parquets, des grilles de fer, qui font partie d'un bâtiment ?

1350. — Ce que j'ai dit des bâtiments s'applique également, et par analogie de motifs, aux moulins, aux tuyaux qui servent à l'écoulement des eaux, aux récoltes pendantes par racines..., en un mot, à chacune des choses qui, étant inhérentes au sol, sont assimilées aux immeubles *par leur nature.* Ces objets, par le seul fait de leur incorporation, sont de plein droit immobilisés, sans qu'il y ait à rechercher s'ils ont été incorporés au sol par le propriétaire ou par un tiers. Ainsi, lorsqu'un locataire a placé dans la maison des escaliers, des parquets, des grilles de fer..., ces objets, *faisant partie du bâtiment,* sont immeubles comme lui.

Il en est différemment des immeubles *par destination.* Nous verrons bientôt, en effet, que le propriétaire du sol ou des bâtiments peut seul immobiliser les choses auxquelles la loi n'attribue point la qualité d'immeubles *par leur nature.* Ainsi, lorsque des animaux sont attachés au service et à l'exploitation d'un fonds, ces animaux prennent civilement la qualité d'immeubles ou conservent leur qualité naturelle de meubles, suivant qu'ils appartiennent au propriétaire du domaine, ou au fermier ou colon partiaire qui l'exploite. De même pour les meubles qui, bien qu'unis au bâtiment *par une attache physique, n'en font cependant point partie.* Telles sont les glaces dont le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie ; tels sont encore les pressoirs, les cuves et chaudières établis dans une usine, les machines montées dans une imprimerie... Ces objets conservent leur nature de meubles, lorsqu'ils ont été apportés ou établis dans le bâtiment par une autre personne que le propriétaire ; il en est ainsi alors même qu'ils adhèrent par des attaches matérielles au sol et aux murs du bâtiment dans lequel ils sont (voy. les art. 522, 524 et 525).

1351. — Il serait donc utile, nécessaire même, de fixer avec précision le sens et la portée du mot *bâtiment*.

Que faut-il entendre par *bâtiments?* Quelles choses en font partie ?

Malheureusement, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de donner, à cet égard, une définition exacte. Toutefois, il est évident qu'un *bâtiment* ne s'entend point seulement des murs gros ou petits qui le composent. Il y faut également comprendre les accessoires qui sont tellement de son essence qu'en leur absence il resterait comme incomplet, et si inachevé qu'il serait impossible ou extrêmement difficile d'en retirer l'utilité en vue de laquelle il a été construit : tels sont les escaliers d'une maison, ses fenêtres, ses portes avec leurs serrures ou leurs verrous, les cloisons, les chambranles des cheminées, les parquets des appartements, les pavés des cours, et enfin les toitures avec leurs gouttières..... Quant aux autres objets, qui sont apportés dans le bâtiment pour l'exploiter, mais qui, n'étant point de son essence, peuvent être enlevés sans qu'il perde rien de sa perfection, on ne peut pas dire d'eux qu'ils en font *réellement* partie. Il gagne à leur présence, puisqu'ils le rendent plus commode ou plus agréable : ils augmentent l'utilité qu'il peut procurer en tant que bâtiment ; mais ils ne sont point un élément constitutif de son utilité, puisque, même en leur absence, il continue d'être complet.

En d'autres termes, les choses apportées dans un bâtiment pour l'exploiter ne concourent point à le créer. On peut dire, civilement parlant, et à cause de leur cohésion au bâtiment, qu'elles sont *réputées en faire partie;* mais, rigoureusement parlant, et à ne considérer que la réalité, elles n'en sont point *une portion intégrante*. Ainsi, la forge, bien qu'enfoncée en terre et scellée au mur, ne fait point réellement partie du bâtiment dans lequel elle se trouve. J'en dis autant des cuves et chaudières, établies dans une manufacture. Elles ne font point réellement partie du bâtiment, si fortes que soient les attaches qui les unissent au sol ou aux murs : car, alors même qu'on les enlèverait, le bâtiment dans lequel elles sont resterait néanmoins complet en tant que bâtiment. Ces objets ne deviennent donc immeubles que *par destination,* c'est-à-dire qu'au cas seulement où c'est le propriétaire du bâtiment qui les y a placés. Dans le cas contraire, ils conservent leur nature de meubles.

1352. — Cette théorie a été amèrement critiquée par quelques auteurs. Selon eux, rien n'est moins philosophique, rien n'est aussi arbitraire et aussi insaisissable, que la distinction sur laquelle elle repose. Quelle nécessité y avait-il de régir par des règles différentes des choses de même nature? Si les parquets des appartements, les papiers apposés sur les murs, les chambranles de cheminées, les escaliers, les portes et les croisées, sont une portion intégrante du bâtiment, et, à ce titre, de véritables immeubles *par leur nature,* n'est-il pas vrai qu'à ne considérer que la réalité des choses, il en est absolument de même des glaces dont le parquet fait corps avec la boiserie, des statues placées dans

La théorie qui vient d'être exposée n'est-elle pas rejetée par quelques auteurs ?

les niches ouvertes pour les recevoir, des fourneaux ou chaudières d'une buanderie, et enfin des cuves ou pressoirs établis dans une usine?

Quelle théorie proposent-ils à sa place ?

Les mêmes auteurs ont cru pouvoir, en présence de la contradiction qu'ils signalent, corriger la loi par la loi elle-même. « L'article 518, ont-ils dit, porte, en principe, que les bâtiments, c'est-à-dire tous les objets dont ils se composent, qui en font partie, sont immeubles *par leur nature.* Il résulte, au contraire, des articles 524 et 525, que certaines choses ne deviennent immeubles que *par destination,* bien qu'en réalité elles ne fassent qu'un seul corps avec le bâtiment. Ces dispositions ne sauraient être maintenues l'une et l'autre, puisqu'elles sont contradictoires. Force est donc d'opter pour l'une ou pour l'autre. Or, l'article 518 est le plus rationnel, le plus conforme à la réalité : c'est donc à lui qu'il faut s'en tenir (1). »

Dans ce système, on dira :

Quelles différences y a-t-il entre ce système et le précédent ?

1° Sont dans la classe des immeubles *par leur nature,* TOUS les objets mobiliers, de quelque espèce qu'ils soient, qui, étant immédiatement ou médiatement adhérents au sol par des attaches physiques et matérielles, n'en peuvent être détachés sans détérioration soit d'eux-mêmes, soit de la partie du bâtiment à laquelle ils sont attachés : peu importe que ces objets aient été établis, construits ou attachés, par le propriétaire du sol auquel ils adhèrent ou par un tiers.

2° Il n'y a d'immeubles *par destination* que les objets mobiliers qui, étant attachés à un fonds par une attache purement morale, peuvent en être enlevés sans fracture ni détérioration : ces objets conservent leur nature de meubles, lorsqu'ils ont été placés sur le fonds par un autre que le propriétaire.

Faut-il l'admettre ? Les critiques qu'on adresse à la loi sont-elles fondées ?

1353. — C'est, je crois, aller trop loin. La distinction qu'on écarte est trop formellement écrite dans la loi pour qu'il soit permis de n'en tenir aucun compte.

L'incohérence qu'on signale n'est pas d'ailleurs aussi grande qu'on l'affirme, et la loi, telle qu'elle est, ne mérite pas les critiques exagérées qu'on en fait. Comprenons-en bien l'esprit.

Pourquoi la loi range-t-elle parmi les immeubles *par leur nature* les bâtiments construits par un autre que le propriétaire du sol ?

Qu'un bâtiment construit sur un sol par un autre que le propriétaire soit immeuble *par sa nature,* qu'à ce titre il appartienne au propriétaire du sol, rien de mieux! On ne peut pas supposer que le constructeur a entendu construire pour démolir, c'est-à-dire qu'il a entendu rester propriétaire des objets mobiliers par lui employés dans la construction, et conserver le droit de les prendre en nature. Il a construit pour que le bâtiment restât à perpétuité attaché au sol : il a donc consenti à l'immobilisation de ses matériaux. Dès lors la loi ne fait que consacrer ce qu'il a voulu, lorsqu'elle déclare que le bâtiment est immeuble

(1) Bug., *sur Poth.*, t. IX, p. 91 ; Marc., sur les art. 522 à 525.

comme le sol auquel il adhère. La volonté du constructeur fût-elle, par extraordinaire, contraire à cette immobilisation, l'intérêt public bien entendu demanderait encore qu'elle eût lieu! La société est, en effet, intéressée à ce que le travail de l'homme ne soit point perdu pour elle. Or, si les matériaux employés dans une construction faite par un autre que le propriétaire du sol n'étaient point immobilisés, si le constructeur en conservait la propriété avec le droit de démolir pour les reprendre, la construction ne servirait à personne : le travail de l'homme se trouverait n'avoir rien produit. Le constructeur paierait, sans aucun profit pour lui, sans utilité pour personne : 1° le prix de la main-d'œuvre pour construire; 2° le prix de la main-d'œuvre pour démolir. Ne vaut-il pas mieux laisser la construction au propriétaire du sol, sauf à indemniser le constructeur? C'est ce que fait la loi, et, à ce point de vue, elle est évidemment fort sage.

Les animaux, les ustensiles aratoires, placés dans une ferme, les machines apportées dans une imprimerie et attachées au sol ou aux murs du bâtiment par des attaches matérielles, les chaudières, fourneaux, forges et pressoirs établis dans une usine, sont-ils, dans tous les cas, immobiliers?

Des animaux, des ustensiles aratoires, ont été placés dans une ferme pour l'exploiter ; des machines ont été apportées dans une imprimerie, et, pour plus de solidité, attachées au sol ou aux murs du bâtiment par des attaches matérielles; des chaudières, des fourneaux, des forges, des pressoirs..., ont été établis dans une usine : est-il juste, est-il bon que ces objets mobiliers soient *immobilisés?* La loi fait une distinction.

Ont-ils été placés ou établis par le propriétaire du fonds sur lequel ils sont : ils en prennent la nature, parce que, lui servant d'auxiliaire, ils se confondent avec lui dans les mains du propriétaire. Leur immobilisation est donc indiquée par la nature même des choses. Son utilité, d'ailleurs, suffirait pour la justifier; et, en effet, qu'arriverait-il si les animaux attachés à la culture, si les instruments aratoires, si les machines, cuves, chaudières ou forges, si les presses établies dans une usine ou dans une imprimerie, conservaient leur nature de meubles? La saisie mobilière étant beaucoup plus expéditive que la saisie immobilière, les créanciers du propriétaire, au lieu de saisir le fonds tout outillé, saisiraient souvent l'outillage sans le fonds. De là un double inconvénient : 1° le fonds privé de son outillage resterait, pendant un certain temps, sans exploitation; 2° les instruments d'exploitation et le fonds, étant vendus séparément, se vendraient fort mal, ce qui préjudicierait tout à la fois et au débiteur et à ses créanciers.

Ont-ils été placés par un autre que le propriétaire du fonds dans lequel ils sont, par exemple, par un locataire : ils continuent de lui appartenir, et, comme ils restent distincts du fonds dans lequel ils sont, ils conservent leur nature de meubles. Et cela est rationnel. Quel serait, en effet, le fondement de leur immobilisation?

La volonté du fermier ou du locataire qui les a placés sur le fonds? Mais comment supposer que ce fermier ou ce locataire a entendu, par cela seul qu'il a introduit dans le fonds les objets mobiliers dont il se sert pour l'exploiter, en attribuer la propriété

au propriétaire du fonds? Ce serait supposer l'invraisemblance!

L'attache matérielle qui les tient unis au bâtiment dans lequel ils sont? Mais cette attache ne les incorpore pas tellement au fonds qu'on puisse dire d'eux qu'ils en sont une portion intégrante. Est-ce bien d'ailleurs sur une circonstance aussi accidentelle et de si faible importance qu'on peut se fonder pour dépouiller un industriel, un fabricant, de la propriété de ses machines? Assurément la propriété mérite plus d'égards.

L'intérêt général? Mais leur immobilisation n'aurait que des inconvénients! le propriétaire de l'usine, devenu propriétaire des instruments d'exploitation, en serait peut-être embarrassé; l'indemnité qu'il serait obligé de payer serait alors fort lourde pour lui, et toujours fort onéreuse pour l'industriel évincé. Ce n'est pas tout! le locataire d'un fonds ne se hasarderait guère à y apporter ses instruments de travail, dans la crainte qu'étant immobilisés, ils ne fussent saisis en même temps que le fonds par les créanciers du propriétaire. De là une inquiétude dans le commerce, une entrave dans l'industrie.

Qu'il reprenne, lorsque le bail cesse, tout ce qui lui appartient! cela vaut mieux. S'il est obligé, pour reprendre les objets qu'il a matériellement attachés au fonds, de briser, de fracturer quelques attaches, le dommage qu'il causera sera toujours fort restreint et facile à réparer; personne alors ne souffrira.

Cette loi est-elle donc aussi irrationnelle qu'on le dit? Elle n'est pas parfaite sans doute; mais les taches qu'on y rencontre ne sont pas une raison suffisante de s'en écarter (1).

Tous les bâtiments élevés sur le sol sont-ils immeubles ?

1354. — Remarquons, en terminant, que tous les bâtiments élevés sur le sol n'ont point le caractère d'*immeubles :* cette qualité n'appartient qu'à ceux qui y sont construits à perpétuelle demeure, pour y rester. Ainsi, l'on ne range point dans cette classe les constructions qui sont simplement posées sur le sol, sans fondement ni pilotis, comme une boutique construite pour être enlevée après la foire à l'occasion de laquelle on l'a faite (2).

Art. 519 et 531.

A quelles conditions les moulins à vent, ou à eau, sont-ils immeubles ?

Ne faut-il pas corriger, sur ce point, l'art. 519 par l'art. 531 ?

1355. — II. Des moulins a eau et a vent, fixés sur piliers ou faisant partie des batiments. — Je dis *ou* faisant partie des bâtiments, bien que l'article 519 dise et. L'article 531 m'autorise à faire cette substitution. J'y vois, en effet, que les moulins sont *mobiliers,* lorsqu'ils « ne sont point fixés sur des piliers et qu'ils ne font pas partie du bâtiment..., » ce qui, par *a contrario,* entraîne cette conséquence implicite, qu'ils cessent de compter parmi les meubles, et qu'ainsi ils appartiennent à la classe des immeubles, lorsque l'une de ces deux conditions vient à manquer, c'est-à-dire lorsqu'ils sont fixés sur des piliers, ou lorsqu'ils font partie des bâtiments (3).

(1) Voy. MM. Dem., t. II, n° 340; Demol., *De la distinct. des biens*, t. I, n°s 279 et s.; Aubry et Rau, t. II, § 164, p. 17 et s.; Laurent, t. V, n°s 477 et s.
(2) Dur., t. IV, n° 20; M. Demol., t. I, n° 105.
(3) MM. Val., p. 12; Laurent, t. V, n° 409.

1356. — III. Des tuyaux servant a la conduite des eaux dans une maison ou dans un autre héritage. — Si nous ne consultions que la place qu'occupe dans le Code l'article qui parle de ces objets, nous ne devrions point les ranger parmi les immeubles *par leur nature*. L'article 523, où il en est parlé, est, en effet, placé entre les articles 522 et 524, qui ont trait l'un et l'autre aux immeubles *par destination*. Mais, a-t-on dit, la rédaction de l'article 523 doit l'emporter sur la place qu'il occupe; or, il suffit de le comparer, d'une part, à l'article 518, qui définit les immeubles *par leur nature,* et, d'autre part, aux articles 522 et 524, qui énumèrent les immeubles *par destination,* pour rester convaincu que les objets qu'il classe sont réellement immobiliers par leur nature. Et, en effet :

Art. 523.

Les tuyaux servant à la conduite des eaux, dans une maison ou dans un autre héritage, sont-ils immeubles *par leur nature ?*

Quelle est la raison de douter ?

Quelles sont les raisons de décider ?

1° Lorsque la loi désigne les immeubles *par leur nature,* elle les classe sans rechercher s'ils ont été incorporés au sol par le propriétaire ou par un tiers (art. 518). C'est aussi ce que fait l'article 523.

2° L'article 524 range parmi les immeubles *par destination* les objets que le propriétaire *est censé* avoir attachés au fonds à perpétuelle demeure; l'article 523, au contraire, porte que les tuyaux servant à l'écoulement des eaux font partie du fonds auquel ils sont attachés.

On ajoute que, si les tuyaux placés dans un fonds pour la conduite des eaux n'étaient immeubles que *par destination,* il eût été bien inutile de faire un article tout exprès pour eux : il eût suffi de les comprendre dans l'énumération de l'article 524. Le soin qu'a pris la loi d'en traiter dans un article à part et tout spécial montre clairement qu'elle n'a pas entendu les confondre avec les immeubles *par destination* (1).

1357. — IV. Des récoltes pendantes par les racines, et des fruits des arbres non encore recueillis. — V. Des bois taillis et des futaies. — La terre immobilise toutes les choses auxquelles elle donne ou auxquelles elle va donner la vie. Ainsi, toutes les plantes, de quelque nature qu'elles soient, sont immeubles, comme le sol auquel elles adhèrent.

Art. 520 et 521.

Les récoltes pendantes par branches ou par racines sont-elles immeubles *par leur nature* ?

Leur adhérence au sol est la cause de leur immobilisation. Elle est indispensable; mais elle suffit pour les immobiliser. Concluons-en :

1° Qu'elles sont immeubles *par leur nature,* et qu'ainsi il n'est pas nécessaire de rechercher si elles ont été plantées ou semées par le propriétaire ou par un tiers;

2° Que les fleurs et autres plantes placées dans des pots ou dans des caisses n'ont et ne peuvent avoir en aucun cas le caractère d'immeubles *par leur nature :* car, lors même que les vases qui les contiennent sont eux-mêmes enfoncés dans le sol, il est toujours

Quid, des fleurs et autres plantes placées dans des pots ou dans des caisses?

(1) MM. Dur., t. IV, n° 19; Val., p. 16; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 523; Demol., t. I, n° 149; Dem., t. II, n° 345; Laurent, t. V, n° 409.

vrai de dire qu'elles ne sont point adhérentes au sol, puisqu'elles en sont séparées par un corps étranger qui n'en fait point partie. C'est donc seulement *par leur destination* qu'elles peuvent être immobilisées : elles ne peuvent l'être, par conséquent, que par le fait du propriétaire.

Quid, quant aux arbres des pépinières ?

1358. — Quant aux arbres des pépinières, une distinction est nécessaire :

Les arbustes nés de pépins semés dans une pépinière sont immeubles *par leur nature,* comme les blés, comme les fleurs, comme les légumes, comme toutes les plantes en un mot qui tirent leur existence du sol auquel elles adhèrent par leurs racines. Peu importe donc que le semis ait été fait par le propriétaire ou par toute autre personne. — J'en dis autant des arbustes qui ont été arrachés de la pépinière et plantés dans une autre terre *pour s'y fortifier,* jusqu'à ce qu'ils soient assez forts pour être vendus ou placés dans un autre lieu, où ils devront rester à perpétuelle demeure.

Il en est différemment de ceux qui, étant en état d'être plantés comme arbres de sol, sont arrachés de la pépinière et mis provisoirement en tas et comme en dépôt dans un autre terrain. Ils ne font plus partie du sol, puisque la manière dont ils y sont marque qu'ils ne s'y trouvent qu'accidentellement et comme objets distincts et séparés du fonds. *Leur destination* pourrait donc seule les immobiliser (1).

Quid, des récoltes qui ont été détachées du sol ?
Quid, si elles ont été détachées par un autre que par le propriétaire ?
Quid, si elles sont encore jacentes sur le sol ?

1359. — 3° Que les plantes ne sont immeubles qu'autant qu'elles adhèrent au sol, et qu'ainsi elles cessent de l'être et rentrent dans la classe des meubles lorsqu'elles sont *séparées du sol.* Peu importe la cause qui a détruit leur adhérence. Dès qu'elles sont détachées, qu'elles le soient par le propriétaire, ou qu'elles le soient par un étranger, ou par accident, leur substance étant changée, elles deviennent nécessairement meubles ; et il en est ainsi, même dans le cas où les récoltes détachées de la terre sont jacentes sur le sol et non encore enlevées.

Quid, des plantes qui n'ont été arrachées que provisoirement et pour être replantées à une autre époque?

Quant à celles qui n'ont été séparées du sol que provisoirement et pour y être replantées à une autre époque, comme les oignons des fleurs qu'on retire de terre aux approches de l'hiver pour les replanter au printemps, elles cessent, il est vrai, d'être immeubles *par leur nature;* mais elles deviennent immeubles *par destination,* lorsqu'elles appartiennent au propriétaire du sol auquel elles sont destinées.

Pourquoi la loi prend-elle soin de dire expressément que les plantes demeurent immeubles par leur nature tant qu'elles adhèrent au sol, et qu'ainsi elles ne deviennent

1360. — 4° Que les plantes sont et demeurent immeubles par leur nature *tant qu'elles adhèrent au sol,* et qu'ainsi elles ne deviennent meubles que par leur séparation, et au fur et à mesure qu'elles sont arrachées ou détachées du sol. « Dès que les grains sont coupés, porte l'article 520, et les fruits détachés, ils sont meubles. — Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette

(1) Comp. M. Laurent, t. V, n° 420.

partie seule est meuble. » L'article 521 ajoute : « Les coupes ordinaires des *bois taillis* ou de futaies *mises en coupes réglées* ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. »

meubles qu'au fur et à mesure qu'elles sont arrachées ou détachées du sol ?

On s'étonnera peut-être de cette disposition, tant elle paraît naïve. N'est-il pas évident, dira-t-on, que les plantes qui tiennent au sol sont immeubles comme lui, et qu'elles cessent de l'être dès qu'elles en sont séparées ? Qu'était-il donc besoin d'une disposition formelle pour nous l'apprendre?

Cette critique serait assurément bien fondée si la loi n'avait eu d'autre but que de consacrer le principe qu'elle énonce ; mais derrière ce principe se cache une autre idée, qu'elle n'énonce pas et que nous révèle l'histoire de notre ancien droit.

Suivant l'usage particulier à quelques-unes de nos anciennes coutumes, les récoltes, bien qu'encore pendantes par branches ou par racines, étaient mobilisées *dès qu'elles approchaient de leur maturité*. Ainsi, dans certaines localités, étaient réputés meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre (1).

Les rédacteurs du Code n'ont pas admis cette idée, et c'est pour l'écarter qu'ils ont cru devoir dire expressément que les récoltes ne deviennent meubles que par leur séparation du sol, et au fur et à mesure qu'elles en sont séparées.

Quant aux *bois taillis* et aux futaies *mises en coupes réglées,* la loi a dû s'en expliquer expressément, parce que, les bois de cette nature étant destinés à être coupés à une époque fixe et prochaine, on aurait pu croire que cette destination suffisait pour les mobiliser même avant qu'ils fussent abattus.

Le même doute n'était pas possible quant aux futaies *qui ne sont pas mises en coupes réglées :* car, ces bois étant capitalisés, c'est-à-dire tenus en réserve pour l'avenir, il n'existe, quant à eux, aucune circonstance qui soit de nature à les mobiliser par anticipation. C'est ce qui explique pourquoi la loi n'en a pas parlé. Il faut donc, écartant l'argument *a contrario* qu'on pourrait tirer du silence qu'elle garde à leur égard, les régir par le principe qu'elle établit pour les autres arbres (2).

Voici, en résumé, la traduction de sa pensée : Les récoltes et les arbres de toute nature deviennent meubles dès qu'ils sont séparés du sol : aucune autre circonstance, ni leur maturité, ni l'époque prochaine de leur coupe, ne peut avoir pour effet de les mobiliser alors qu'ils sont encore pendants par branches ou par racines.

(1) Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n° 241.

(2) Il existe toutefois, sous d'autres rapports, d'importantes différences entre les *taillis* et les futaies mises en coupes réglées, d'une part, et les futaies non mises en coupes réglées, d'autre part (voy. notamment les art. 590, 593 et 1403).

Les récoltes et les arbres qui adhèrent au sol ne sont-ils pas, à certains égards, et relativement à certaines personnes, considérés comme des meubles?

1361. — La règle que les récoltes et les arbres de toute nature sont immeubles *tant qu'ils adhèrent au sol* n'est pas absolue. Ils sont immeubles comme le sol avec lequel ils se confondent : tel est le principe. Mais, à certains égards, et relativement à certaines personnes, ils se distinguent civilement du sol auquel ils adhèrent, et sont considérés comme meubles. Ainsi c'est comme meubles qu'on les considère :

Dans quel but la loi permet-elle la *saisie-brandon ?*

1° *A l'égard des créanciers,* qui, sans saisir le sol, ni remplir les formalités prescrites pour la saisie des immeubles, peuvent *saisir-brandonner,* dans les six semaines qui précèdent leur maturité, les récoltes encore pendantes par branches ou par racines (art. 626, C. pr.). Cette saisie, dite *saisie-brandon,* est un vestige du principe de notre ancien droit qui mobilisait les fruits dès qu'ils approchaient de leur maturité. Son utilité, au reste, aurait suffi pour la faire admettre. Elle a, en effet, ce double avantage, qu'elle épargne au débiteur les frais, au créancier les lenteurs qu'entraînent les formes compliquées de la saisie immobilière;

Pourquoi les bois et les récoltes pendants par branches ou par racines sont-ils considérés comme meubles à l'égard du fermier ou de la personne à laquelle ils ont été vendus?

2° *A l'égard du fermier de la terre où ils sont;*

3° *A l'égard de l'acheteur d'une récolte ou d'une coupe à faire* (voy. la *Form.* 190) (1).

Quant au *propriétaire,* les fruits ne se distinguent pas du sol auquel ils adhèrent : de là leur caractère immobilier. Or, ce caractère s'efface, disparaît, quant au *fermier* et quant à l'*acheteur :* quant à eux, les fruits, bien que pendants par branches ou par racines, constituent une chose principale, distincte et civilement séparée du sol. Le propriétaire ne leur a pas, en effet, cédé une portion de son fonds, c'est-à-dire les arbres sur pied, en tant qu'adhérents au sol; il ne leur a cédé que le droit de les faire abattre, et ils n'ont, en définitive, que la faculté de faire la coupe ou la récolte, c'est-à-dire le droit d'acquérir des choses qui seront mobilières au moment même de l'acquisition qu'ils en feront : leur droit est donc essentiellement mobilier (2).

(1) Ce qui est vrai de l'acheteur d'une récolte ou d'une coupe à faire est également vrai de l'acheteur *d'une maison à démolir.*

(2) Dem., t. II, n° 343; MM. Demol., t. I, n°s 156 et suiv.; Laurent, t. V, n°s 419, 426 et suiv.; Val., p. 14. Voyez aussi mon *Traité de la transcription,* n° 9.

— Lorsqu'un immeuble a été saisi, les créanciers saisissants sont obligés de respecter les baux de neuf ans, dont l'existence est constatée par un titre ayant date certaine et antérieure au commandement qui a précédé la saisie (art. 684, C. pr.); ils peuvent alors saisir et arrêter le prix du bail, s'il est encore dû, auquel cas il est *immobilisé* et distribué, comme le prix de l'immeuble, aux créanciers hypothécaires, selon l'ordre de leurs inscriptions (art. 685, C. pr.).

J'applique, par analogie de motifs, la même théorie à la vente d'une récolte sur pied ou d'une coupe réglée, lorsque l'acte qui la constate a acquis date certaine antérieurement au commandement qui a précédé la saisie de l'immeuble. Si, en effet, le propriétaire a pu valablement passer, à cette époque, un bail opposable à ses créanciers, c'est-à-dire conférer à un tiers le droit de faire *plusieurs* récoltes ou *plusieurs* coupes, à bien plus forte raison a-t-il pu

1362. — Enfin, remarquons que le principe d'après lequel les bois et récoltes deviennent *meubles* par le fait de leur séparation du sol, souffre lui-même un tempérament. Il résulte, en effet, de l'article 682 du Code de procédure que les fruits produits par un immeuble saisi ou recueillis postérieurement à la transcription de la saisie sont *immobilisés,* en ce sens que le prix qui en provient est, de même que le prix de l'immeuble, distribué, par ordre d'hypothèque, aux créanciers hypothécaires.

Le principe que les bois et récoltes deviennent meubles par le fait de leur séparation du sol ne souffre-t-il pas un tempérament?

Seconde classe d'immeubles. — Immeubles par destination.

1363. — La loi appelle immeubles *par destination* les objets mobiliers qui prennent la nature d'un fonds auquel ils sont unis par une attache purement morale ou par une attache physique ou matérielle. Ainsi, sont immeubles par destination :

Art. 522 et 524.

Quelles choses sont immeubles *par destination ?*

1364. — I. LES OBJETS MOBILIERS *que* LE PROPRIÉTAIRE D'UN FONDS Y A PLACÉS *pour le* SERVICE *et* L'EXPLOITATION DE CE FONDS. — Tels sont :

1° « *Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier* ou *au métayer pour la culture, estimés ou non,* tant qu'ils demeurent *attachés au fonds par l'effet de la convention* (1). »

Quid, des animaux placés sur un fonds pour l'exploiter?

1365. — « *Le propriétaire...* » Lorsque les animaux et le fonds appartiennent à la même personne, ces deux choses réunies n'en font réellement qu'une dans les mains du propriétaire ; et, comme le fonds est la chose principale, que les animaux qui y sont placés n'en sont que l'auxiliaire et l'accessoire, ce sont eux qui suivent sa nature : *accessorium sequitur principale* (voy., sous le n° 1353, la double utilité de leur immobilisation).

Lors, au contraire, que les animaux qui servent à l'exploitation du fonds y ont été placés par un autre que le propriétaire, par exemple, par un fermier ou par un métayer, deux choses existent alors parfaitement distinctes : car on ne peut pas, et on ne doit

vendre la récolte ou la coupe *d'une année.* (*Conf.* Dem., t. II, n° 343 *bis*, IV.) — Mais, bien entendu, ma décision serait différente si le propriétaire, au lieu de vendre un bois taillis, ou une coupe à faire dans une futaie, à l'époque fixée par l'aménagement, avait cédé le droit de faire une coupe extraordinaire, insolite. Cette vente ne pourrait plus être considérée comme un acte d'administration, c'est-à-dire comme une cession de fruits dont le débiteur conserve alors la libre disposition. Elle n'aurait plus aucun rapport avec le bail : ce ne serait qu'une aliénation véritable du fonds hypothéqué, et, à ce titre, elle ne pourrait ni ne devrait préjudicier aux créanciers.

(1) Voici le texte même des dispositions du Code :

Art. 522. « Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention... »

Art. 524. « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination. Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : les animaux attachés à la culture... »

pas, par conséquent, supposer qu'en plaçant des animaux dans la ferme ou le domaine dont il n'a que l'exploitation temporaire, il a entendu les immobiliser, et, par suite, en transférer la propriété au propriétaire du fonds. Ces deux choses, le fonds et les animaux servant à son exploitation, étant distinctes et indépendantes, chacune conserve la nature qui lui est propre. L'immobilisation des animaux placés par un *fermier* dans le domaine qu'il exploite n'aurait d'ailleurs que des inconvénients (voyez le numéro 1353) (1).

Qu'est-ce qu'un *fermier?* Un *métayer* ou *colon partiaire?*

1366. — « *Au fermier ou métayer...* » Le *fermier* est celui qui exploite à son profit un fonds qui ne lui appartient pas, mais à la charge de payer au propriétaire certaines sommes d'argent. On appelle ***métayer,*** ou ***colon partiaire,*** celui qui exploite le fonds d'un autre, à la charge par lui de laisser au propriétaire une portion, ordinairement la ***moitié*** (la ***meta,*** d'où ***métayer***), des fruits qu'il recueille.

Les vaches et les moutons d'un domaine sont-ils immeubles? *Quid,* des animaux achetés et placés sur le fonds pour y être engraissés?

1367. — « *Pour la culture...* » ou, plus exactement, pour le ***service*** et l'***exploitation du fonds :*** car les vaches et les moutons sont évidemment des immeubles, bien qu'ils ne soient pas employés à la culture du fonds. J'en dirai autant des animaux achetés et placés sur le fonds pour y être engraissés. Ils servent, en effet, à son exploitation, puisqu'ils utilisent les herbes qui, ne pouvant pas être récoltées et serrées en grange, seraient perdues sans l'usage du pacage : certains fonds sont tels, qu'il est impossible de les exploiter autrement. Il est vrai que, ces animaux étant destinés à être vendus dans un temps assez rapproché, on ne peut pas dire d'eux qu'ils sont placés sur le fonds pour y rester à ***perpétuelle demeure;*** mais la loi n'exige pas, pour l'immobilisation des animaux placés sur un fonds, qu'ils soient destinés à y rester; il suffit qu'ils y soient placés ***par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds.***

Cette solution est contraire à l'opinion générale. La plupart des auteurs considèrent comme meubles ***les animaux achetés pour être revendus après avoir été engraissés sur le fonds*** (2).

(1) M. Duranton (t. IV, n° 59) enseigne que l'*usufruitier,* de même que le propriétaire, *immobilise* les animaux, les ustensiles aratoires et les semences, qu'il place sur le fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds. L'*usufruitier,* dit-il, jouit comme le propriétaire : il le représente, dans la limite de son droit.

Cette décision est trop directement contraire au texte de la loi pour être admise. L'usufruitier, d'ailleurs, n'a qu'un droit temporaire; cette chose dont il jouit, il devra la rendre tôt ou tard. On ne peut donc pas supposer qu'il a entendu confondre en elle, et les aliéner pour toujours, les objets dont il se sert pour l'exploiter. (En ce sens, MM. Bug., *sur Poth.*, t. VII, p. 77; Demol., t. I, n° 210; Dem., t. II, n°s 339 *bis*, I, et 346 *bis*, VI; Laurent, t. V, n° 437; Val., p. 21 et suiv.).

(2) Dur., t. IV, n° 56; Marc., sur l'art. 522; Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 22; M. Demol., t. I, n° 235. — Dans le sens de notre opinion, M. Laurent, t. V, n° 443.

1368. — « *Estimés ou non...* » Cette disposition a un sens caché qu'il faut comprendre. On admettait généralement dans l'ancien droit que le propriétaire d'objets mobiliers qui en fait la tradition à une autre personne, après en avoir préalablement fait l'estimation, en consent implicitement l'aliénation moyennant le prix d'estimation. De là le principe : *l'estimation vaut vente.* Notre Code en a fait lui-même l'application à quelques cas particuliers (voy. les articles 587 et 1551), mais il ne l'a pas généralisé. Ainsi, il l'a rejeté, dans le cas qui nous occupe : l'estimation des animaux livrés par le propriétaire au fermier *n'en vaut pas vente.* D'où cette double conséquence :

Que veut dire la loi lorsqu'elle dit que les animaux que le propriétaire livre au fermier ou au métayer sont immeubles, sans qu'il y ait à distinguer *s'ils ont été estimés ou non?*

a. Le propriétaire qui a livré des animaux à son fermier en conserve la propriété dans tous les cas, c'est-à-dire soit qu'il les ait livrés sans estimation, soit qu'il y ait eu une estimation préalable ;

b. Leur immobilisation a lieu, par conséquent, dans l'un ou l'autre cas, puisqu'il est de principe qu'elle a lieu toutes les fois que le fonds et les animaux qui y sont placés pour son service et son exploitation appartiennent à la même personne (voy. le n° 1365).

Si l'on eût admis, au contraire, le principe que l'estimation vaut vente, l'estimation eût empêché leur immobilisation, ainsi que cela avait lieu autrefois : car alors les animaux et le fonds auraient constitué deux choses distinctes, appartenant l'une (le fonds) au bailleur, l'autre (le bétail) au fermier. C'est, au reste, ce qui aurait encore lieu aujourd'hui, si l'estimation était accompagnée de la clause expresse qu'elle *vaut vente.*

Quid, si les parties conviennent que l'estimation vaudra vente?

1369. — « Sont censés immeubles, tant qu'ils restent attachés au fonds *par l'effet de la convention* (de bail)... » D'où il résulte que si, pendant la durée du bail, le propriétaire les vend au fermier, leur immobilisation n'a plus lieu, quoique le fermier continue de s'en servir pour l'exploitation du fonds.

Quid, si le propriétaire, pendant la durée du bail, vend au fermier les animaux qu'il lui a livrés pour la culture?

1370. — 2° « *Les animaux attachés à la culture...* » Ce cas semble se confondre avec le premier. Peut-être la loi a-t-elle entendu parler ici des animaux placés par le propriétaire *qui cultive lui-même.*

Y a-t-il quelque différence entre le cas prévu par l'art. 522 et le cas prévu par l'art. 524, relativement aux animaux?

3° « *Les ustensiles aratoires...* »

4° « *Les semences données par le propriétaire au fermier ou au colon partiaire, tant qu'elles n'ont pas été employées.* » Lorsqu'elles ont été jetées en terre, elles sont immeubles *par leur nature.*

1371. — 5° « *Les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les poissons des étangs.* » Ce n'est point, en effet, comme objets particuliers et indépendamment du fonds où ils se trouvent que le propriétaire les possède; il n'en a la propriété qu'à l'occasion du fonds et parce que le fonds est à lui. N'étant point distingués du colombier, de la garenne ou de l'étang où ils vivent dans leur liberté naturelle, ils restent civilement confondus avec lui et en prennent la nature. C'est ce qui a fait dire à Pothier que le pro-

Pourquoi les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les poissons des étangs sont-ils immeubles?

priétaire d'un colombier où il y a des pigeons, d'une garenne où il y a des lapins, d'un étang où il y a des poissons, est propriétaire d'un colombier peuplé de pigeons, d'une garenne peuplée de lapins ou d'un étang empoissonné, plutôt qu'il ne l'est des pigeons, des lapins et des poissons qui y sont (1). — La même règle n'est pas applicable aux pigeons renfermés dans une volière, aux lapins nourris dans un grenier ou dans un clapier, aux poissons placés dans un réservoir : ces pigeons, ces lapins et ces poissons, étant ainsi *sub manu et custodiâ nostrâ*, et, par conséquent, à notre disposition dès que nous les voulons prendre, nous appartiennent *per se*, c'est-à-dire indépendamment du lieu où ils sont mis en réserve pour les besoins de la maison.

Quid, des pigeons renfermés dans une volière, des lapins nourris dans un grenier, des poissons placés dans un réservoir?

1372. — 6° « *Les ruches à miel* (2). »

7° « *Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines.* »

8° « *Les pailles et engrais.* »

L'énumération que la loi donne des immeubles par destination est-elle limitative?

1373. — Il est bien entendu, au reste, que cette énumération des immeubles par destination n'a rien de *limitatif*. La loi n'a voulu, en la faisant, qu'expliquer, par des exemples propres à servir aux juges de direction et de point de comparaison dans les cas non prévus, la règle générale qu'elle suppose établie, et d'après laquelle elle immobilise tous les objets mobiliers placés *par le propriétaire* dans une ferme, dans un domaine ou dans une usine, pour *le service* et *l'exploitation* de ce domaine ou de cette usine.

Art. 524, dernier alinéa, et 525.

A quelle condition les objets mobiliers placés dans un bâtiment sont-ils immobilisés?

1374. — II. Tous les objets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds a perpétuelle demeure. — Les objets mobiliers qui, étant placés dans ou sur un bâtiment, *en font partie*, qui sont *de son essence*, sont immeubles *dans tous les cas*, c'est-à-dire soit qu'ils aient été placés par le propriétaire du bâtiment ou par un tiers, soit qu'ils adhèrent au bâtiment par des attaches physiques ou qu'ils restent *mobiles*. Tels sont : les volets d'une maison, ses croisées, ses portes avec les serrures et les clefs, ses parquets, les chambranles de ses cheminées..... Tous ces objets sont immeubles par leur nature (voy. les nos 1349 et s.).

La loi ne s'occupe ici que des objets qui sont placés dans un bâtiment *sans en faire partie*, qui ne sont point de son essence. Ceux-là restent meubles, bien que réellement adhérents au bâtiment, lorsqu'ils ont été placés *par un autre que le propriétaire;*

(1) Pothier, *Des personnes et des choses*, nos 237 et 238; *De la communauté*, n° 41. Comp. Val., p. 25 et suiv. — D'après M. Laurent (t. V, n° 450), le Code aurait rejeté le principe de Pothier; il n'aurait point admis l'idée d'*accession*.

(2) En réputant immeubles les ruches à miel, le Code a consacré l'opinion de Chopin et de Lebrun, qui était combattue par Pothier. « Les ruches, dit M. Valette (p. 30), n'étant pas incorporées au fonds, comme le sont les garennes, les étangs et les colombiers, ne peuvent être réputées immeubles par destination que dans le sens précis et littéral, c'est-à-dire sous la condition d'avoir été placées *par le propriétaire*. »

et même il ne suffit pas, pour que leur immobilisation ait lieu, que ce soit le propriétaire qui les ait placés dans le bâtiment : il faut, de plus, qu'il les ait attachés, fixés au fonds, *à perpétuelle demeure.*

Voici donc le caractère légal duquel dépend l'immobilisation des objets mobiliers placés par un propriétaire dans sa maison ou dans tout autre bâtiment : ces objets sont immobilisés, lorsque le propriétaire les a attachés au fonds pour y rester, *non point pour un temps limité, mais indéfiniment.*

1375. — Mais à quel signe reconnaître ce caractère? Par quel procédé pourra-t-on vérifier l'intention du propriétaire? Quand pourra-t-on dire que les objets qu'il a placés dans le bâtiment y ont été attachés à perpétuelle demeure? La loi nous donne une règle à cet égard : « Le propriétaire, dit-elle, est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés à plâtre ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. »

A quel signe peut-on reconnaître si le propriétaire les a attachés au fonds *à perpétuelle demeure?*

Cette règle en comprend une autre qui en est la conséquence nécessaire : les objets mobiliers placés par le propriétaire dans sa maison ne sont point réputés mis *à perpétuelle demeure,* et par conséquent ils conservent leur nature de meubles, *lorsqu'ils peuvent être enlevés sans fracture ni détérioration, et d'eux-mêmes et du bâtiment dans lequel ils sont.*

1376. — Toutefois, trois exceptions ont été admises :

La règle que les objets qui peuvent être enlevés *sans fracture ni détérioration et d'eux-mêmes et du bâtiment dans lequel ils ont été placés, sont meubles,* ne souffre-t-elle point des exceptions?

1° Les glaces dont le parquet (le cadre où elles sont fixées) fait corps avec la boiserie sont censées mises à perpétuelle demeure, et, par conséquent, immobilisées, bien qu'on puisse les enlever de leur cadre *sans aucune fracture ni détérioration.*

Il en est de même :

2° Des tableaux et ornements incrustés dans la boiserie de l'appartement;

3° Des statues placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, ou, par analogie (1), sur un socle préparé pour le même objet et fixé en terre par un travail en maçonnerie.

1377. — Pothier suivait un autre système. Faisant abstraction des attaches à fer, à chaux, à ciment ou à plâtre, il s'en tenait exclusivement à cette distinction :

Pothier ne suivait-il pas un autre système?

Les meubles apportés dans la maison y étaient-ils placés pour la compléter, *ad integrandam :* il les déclarait immobilisés, alors même qu'ils n'adhéraient point au bâtiment par des attaches physiques ou matérielles.

N'étaient-ils placés dans la maison que pour l'orner et la meubler, *ad instruendam,* ou pour l'exercice du métier du propriétaire :

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Biens,* § 1, n° 7 ; Duverg., *sur Toull.*, t. III, n° 15; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 525; M. Demol., t. I, n° 312; Val., p. 34. — *Contra,* Dem., t. II, n° 347 *bis*, III; M. Laurent, t. V, n° 471.

ils restaient dans leur nature de meubles, quoique unis au bâtiment par une attache matérielle.

Les objets apportés dans la maison étaient réputés y être *ad integrandam,* lorsqu'ils étaient arrangés de telle manière qu'étant enlevés, la maison *paraissait manquer de quelque chose;* que si, au contraire, la maison paraissait avoir toute sa perfection, même en leur absence, ils étaient réputés n'y avoir été mis qu'*ad instruendam,* pour l'orner et la meubler. Soit une glace posée sur une cheminée. Si la place occupée par la glace n'est pas de même parure que le reste de la cheminée, si elle est, par exemple, bâtie en planches ou construite en briques brutes, tandis que les autres parties de la cheminée sont travaillées en plâtre, ou couvertes d'un papier ou d'une boiserie polie ou peinte, la glace est réputée placée là *ad integrandam domum :* car la cheminée serait imparfaite et il y manquerait quelque chose si la glace était enlevée. Que si, au contraire, ce qui est derrière la glace est de même parure que le reste de la cheminée, la glace ne sert qu'*ad instruendam domum :* car, lors même qu'elle n'y serait pas, la cheminée aurait néanmoins toute sa perfection (1).

Faut-il le suivre encore aujourd'hui?

1378. — La plupart des auteurs modernes suivent le même système (2). Mais ici encore on est, je crois, tombé dans l'arbitraire. La règle que nous donne Pothier n'est pas aussi sûre qu'elle paraît l'être, elle le conduit lui-même à des solutions contradictoires. C'est ainsi qu'il déclare immeubles les râteliers d'une écurie, tandis qu'il considère comme meubles les chaudières placées dans une raffinerie de sucre, lorsqu'elles ne sont point enfoncées en terre et scellées en maçonnerie. Quant aux presses établies dans une imprimerie, elles restent, selon lui, dans leur nature de meubles, *même au cas où elles sont attachées au bâtiment.* Les rédacteurs du Code ont été frappés de ces incohérences, et c'est pour les faire cesser qu'ils ont établi la règle posée dans les articles 524 et 525 (voy. Fenet, t. XI, p. 36 et 53). Ils la tenaient pour si absolue, que quelques-uns d'eux demandèrent qu'on en fît l'application, *même aux glaces et aux tableaux dont le parquet fait corps avec la boiserie.* Qu'importe, disaient-ils, que le parquet dans lequel ces objets sont encadrés fasse corps avec le boiserie? toujours est-il qu'on peut les enlever avec la plus grande facilité, sans détérioration ni d'eux-mêmes, ni du parquet dans lequel ils sont! Ce ne fut qu'à titre de concession, et comme une exception à notre règle, qu'on admit la solution contraire (voy. Fenet, t. XI, p. 17 et 18).

Ainsi, les glaces, les tableaux et tous autres ornements, apportés dans la maison, conservent leur nature de meubles, *à moins*

(1) *Des personnes et des choses,* nos 242 et suiv.; *De la communauté,* nos 47 et suiv.

(2) Voy. Duverg., *sur Toull.,* t. III, no 15; Bug., *sur Poth.,* t. IX, p. 91; Duc., Bonn. et Roust., sur les art. 524 et 525; Dem., t. II, no 347 *bis,* IV.

qu'ils ne soient fixés dans un cadre faisant corps soit avec la boiserie, soit avec le mur où ils sont placés, ou qu'ils ne soient eux-mêmes scellés au mur, à chaux ou à ciment.

Troisième classe. — Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

1379. — Les *droits*, n'étant point des êtres corporels, ne sont point, selon leur nature, susceptibles d'être compris dans la division des biens. Cependant la loi, afin de ne laisser aucun bien en dehors de sa classification, les a rangés tantôt parmi les immeubles et tantôt parmi les meubles.

Art. 526.

Dans quelle classe de biens la loi range-t-elle les droits?

Les droits sont donc *immobiliers* ou *mobiliers*.

Mais comment les distinguer les uns des autres? A quel signe faut-il s'attacher pour les classer?

Ici encore la loi nous donne une règle à suivre : il faut, pour qualifier un droit, considérer, non pas sa nature, mais *son objet*. Quel qu'il soit, réel ou personnel, il est *mobilier* ou *immobilier*, suivant qu'il a un *meuble* ou un *immeuble* pour objet.

Ainsi, doivent être rangés parmi les immeubles :

1° *L'usufruit, l'usage* et *le droit d'habitation,* quand ils sont établis sur un immeuble;

2° *Les servitudes réelles :* car, dans tous les cas, elles ne peuvent être établies que sur un immeuble (art. 637);

3° « *Les actions qui tendent à* REVENDIQUER *un immeuble.* » Le mot *revendiquer* qu'emploie ici la loi a fait naître une difficulté.

Combien la loi reconnaît-elle d'espèces d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent?*

1380. — On distingue en droit deux espèces d'actions, l'action *réelle* et l'action *personnelle*.

L'action *réelle* est celle par laquelle on prétend avoir un droit acquis, c'est-à-dire un droit *réel* sur une chose qui est possédée par un tiers. Ainsi, lorsque j'affirme que la chose que vous possédez m'appartient, ou que j'ai sur elle un droit d'usufruit ou une servitude, l'action par laquelle je veux faire reconnaître le droit que je prétends avoir et que vous me contestez, est *réelle*. On la désigne sous le nom générique de REVENDICATION.

L'action *personnelle* est celle par laquelle on affirme avoir un droit *personnel* contre une autre personne qui est obligée envers nous. Ainsi, lorsque je prétends que vous me devez telle somme, ou que vous m'avez promis de me transférer la propriété d'une chose qui n'est point individuellement déterminée ou qui appartient à autrui, l'action par laquelle je poursuis l'exécution de l'obligation dont vous êtes tenu envers moi est une action *personnelle* (1).

Qu'est-ce qu'une action *réelle?*

Une action *personnelle?*

Les actions personnelles ne sont-elles point, comme les actions réelles, immobilières, lorsqu'elles ont pour objet un immeuble?

C'est donc à tort que la loi n'a rangé parmi les actions immobilières que celles qui tendent à *revendiquer* un immeuble?

L'action *réelle* peut avoir un meuble ou un immeuble pour objet : aussi est-elle tantôt mobilière et tantôt immobilière.

L'objet de l'action *personnelle* peut être également mobilier ou

(1) Comp. Inst. de Just., § 1 *De actionibus.*

immobilier : elle est donc, suivant la nature du bien qu'elle a pour objet, tantôt mobilière et tantôt immobilière (arg. *a contrario* tiré de l'art. 529).

Ainsi, lorsque l'on veut savoir si une action est réelle ou personnelle, il faut considérer *sa cause* ou *son principe :* elle est réelle ou personnelle, suivant qu'elle a son fondement dans un droit réel ou dans un droit personnel.

Veut-on savoir si elle est *mobilière* ou *immobilière :* il faut considérer la nature de *son objet :* elle est mobilière ou immobilière, suivant qu'elle a pour objet un meuble ou un immeuble.

Donc, en résumé, *immobilis est actio quæ tendit ad quid immobile, mobilis quæ tendit ad quid mobile.* Peu importe, dans l'un ou l'autre cas, que l'action soit réelle ou personnelle.

Or, si nous nous attachions rigoureusement au sens exact et scientifique du mot *revendiquer* qu'emploie la loi dans notre article, nous serions conduits à dire que les actions *qui tendent à obtenir un immeuble* ne sont immobilières que lorsqu'elles sont *réelles,* et qu'ainsi sont meubles toutes les actions *personnelles,* quelle que soit la nature de leur objet. Mais tout le monde convient que l'emploi de ce mot *revendiquer* est dû à une inadvertance du législateur.

Les actions *personnelles immobilières* n'étaient-elles pas très nombreuses dans notre ancien droit? Pourquoi sont-elles très rares sous l'empire du Code?

Les actions *personnelles immobilières* sont devenues extrêmement rares depuis que le Code a introduit le principe que la propriété se transfère par *le seul effet de la convention et indépendamment de la tradition.* Autrefois, le contrat par lequel une personne promettait la propriété de sa chose à une autre personne n'opérait point lui-même l'aliénation de la chose promise. Ainsi, la vente n'avait point pour effet direct de rendre l'acheteur *propriétaire* de la chose vendue : il n'acquérait qu'un *droit personnel,* le droit d'en devenir propriétaire par la tradition que le vendeur était obligé de lui en faire. En d'autres termes, il devenait, par l'effet du contrat, non pas *propriétaire,* mais simplement *créancier* de la chose qui lui avait été promise : l'action qu'engendrait son droit était toujours *personnelle.* Aujourd'hui, au contraire, le contrat par lequel un propriétaire promet à une autre personne la propriété de sa chose opérant par lui-même la translation de propriété, la partie à laquelle la propriété a été promise acquiert par là même une action *réelle* (art. 1138).

Quels exemples peut-on donner d'actions qui sont immobilières quoiqu'elles ne tendent pas à *revendiquer* un immeuble?

1381. — Cependant il se peut, mais le cas sera rare lorsqu'il s'agira d'*immeubles,* que la propriété ne soit pas transférée par l'effet du contrat. Il faut, en effet, pour que la translation ait lieu, que le contrat ait pour objet une chose dont l'une des parties est propriétaire. Dans le cas contraire, le contrat, n'engendrant que des obligations, ne crée que des actions personnelles. Ainsi, lorsque je me suis engagé à vous transférer la propriété d'une chose qui appartient actuellement à autrui, mais que je me propose d'acquérir moi-même, ou tant d'hectares de terre à prendre en Afrique, je n'ai pas pu vous transférer la propriété de la chose

que je vous ai promise. Je suis seulement obligé de vous la transférer; vous en êtes simplement *créancier*. L'action que vous avez contre moi est purement *personnelle,* puisqu'elle a son fondement dans l'obligation dont je suis tenu envers vous, et *immobilière,* puisqu'elle a pour objet un immeuble (1).

1382. — Remarquez qu'on peut avoir, relativement au même objet, deux actions distinctes, une action *réelle* et une action *personnelle*. C'est même le cas le plus fréquent : car il est bien rare que la personne qui détient la chose dont nous sommes propriétaire ne soit pas *personnellement* obligée à nous la livrer. Ainsi, la chose que vous m'avez vendue, que vous m'avez donnée, que votre père m'a léguée..., *m'appartient :* j'ai donc contre vous une action *réelle.* Comme vendeur, comme donateur, héritier, emprunteur ou locataire, vous êtes personnellement *obligé* à me mettre en possession de cette chose : j'ai donc aussi contre vous une action *personnelle.*

Ne se peut-il point qu'on ait, relativement au même objet, deux actions distinctes, l'une *réelle*, l'autre *personnelle ?*

Toutes ces distinctions sont étrangères à notre classification. Quelle que soit sa nature, qu'elle soit *réelle* ou *personnelle,* l'action est mobilière ou immobilière, suivant qu'elle a pour objet un meuble ou un immeuble (2).

Quatrième classe. — Immeubles par déclaration.

1383. — Certains droits, *mobiliers d'après leur objet,* peuvent être *immobilisés* par une déclaration formelle de la personne qui les a. — Telles sont les actions de la Banque de France (décret du 16 janvier 1808, art. 7); telles étaient les actions de la Compagnie des canaux d'Orléans et de Loing (décret du 16 mars 1810), avant que l'Etat n'eût racheté la concession desdits canaux (lois du 1er août 1860 et du 20 mai 1863) (3).

Certaines actions, qui sont mobilières à raison de leur objet, ne peuvent-elles pas être immobilisées par une déclaration formelle de la personne qui les a?

Voyez, sur la nature du droit d'hypothèque, l'explication de l'article 2114.

CHAPITRE II. — Des meubles.

30e *Répétition.*

1384. — I. Observation. — Il semble que ce chapitre soit inutile et surabondant : car, tous les biens étant *meubles* ou *immeu-*

Pourquoi la loi a-t-elle fait un chapitre spécial pour les meubles?

(1) Voy. MM. Demol., t. I, n° 345; Aubry et Rau, t. II, § 165, p. 25 et 26; Laurent, t. V, nos 487 et suiv.; Val., p. 38 et 39.

(2) Au reste, il était inutile de qualifier les actions : car, en définitive, elles se confondent avec le droit même.

Demante (t. II, n° 351 *bis*) pense que les rédacteurs du Code ont considéré l'action, *alors qu'elle est portée devant un tribunal*, et que c'est en vue de ce cas qu'ils l'ont qualifiée comme formant un droit distinct du droit réclamé. — Mais, quoique ingénieuse, cette interprétation est généralement rejetée (voy. Marc., sur l'art. 526; M. Demol., t. I, nos 340 et suiv.).

(3) Sur cette quatrième classe d'immeubles, voy. Dem., t. II, n° 352; Val., p. 66 et 67.

bles, il est évident que ceux qui ne sont pas compris dans l'une des deux classes sont nécessairement compris dans l'autre, et qu'ainsi on peut dire d'une manière générale que les biens *meubles* sont tous ceux qui ne sont pas *immeubles.*

Toutefois, certains points auraient pu présenter quelques difficultés : il fallait les fixer, et surtout prévenir les doutes qu'aurait pu faire naître l'autorité historique. C'est dans ce but que notre chapitre a été fait.

Art. 527.

Combien le Code reconnaît-il d'espèces d'immeubles ?

1385. —II. Division des meubles. — Le Code a divisé les immeubles en trois classes, savoir :

1° Les immeubles *par leur nature;*

2° Les immeubles *par leur destination ;*

3° Les immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent.*

Combien reconnaît-il d'espèces de meubles ?

Il ne reconnaît que deux classes de meubles, savoir :

1° Les meubles *par leur nature ;*

2° Les meubles *par la détermination de la loi.*

Y a-t-il des meubles *par leur destination?* D'où vient qu'il n'y en a pas de cette espèce ?

Donc, point de meubles *par leur destination.* Il est facile, du reste, de comprendre pourquoi il n'en existe point de cette espèce. Un meuble peut être destiné à un immeuble, c'est-à-dire affecté à son service, à titre d'auxiliaire ou d'accessoire : dans ce cas, il est naturel qu'il s'identifie avec lui et qu'il en prenne le caractère. On ne comprend pas, au contraire, qu'un immeuble soit accessoirement attaché à un meuble : il est donc impossible qu'un *immeuble* devienne *meuble* par destination ou accession.

Quels sont les biens que le Code appelle meubles *par la détermination de la loi ?*

Quant aux meubles *par la détermination de la loi,* il faut entendre par là les meubles incorporels, c'est-à-dire les droits qui sont meubles *par l'objet auquel ils s'appliquent.* Les rédacteurs du Code, je ne sais dans quel but, ont employé, pour exprimer des idées identiques et corrélatives, deux formules différentes : ils appellent immeuble *par l'objet auquel il s'applique* tout droit *qui tendit ad quid immobile,* et meuble *par la détermination de la loi* tout droit *qui tendit ad quid mobile* (1).

§ I. *Des meubles par leur nature.*

Art. 528.

Quels biens sont meubles *par leur nature?*

1386. — Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer

(1) « Le rédacteur de l'art. 526 a pensé uniquement aux droits réels immobiliers et aux actions en revendication d'un immeuble; or, en matière de droits réels et de revendication proprement dite, il est toujours question d'immeubles *certains* et *déterminés* auxquels les droits ou les actions viennent, pour ainsi dire, *s'appliquer.* En matière de meubles, au contraire, on s'est beaucoup préoccupé de droits de créance ayant pour objet des sommes d'argent ou des denrées ou marchandises considérées *in genere* et sans relation à tel objet en particulier » (Val., p. 42).— Comp. M. Demol , t. 1, n° 390.

de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées.

1387. — Les bateaux, bacs, navires, moulins, bains sur bateaux, qui ne sont point fixés sur piliers et qui ne font point partie de la maison (voy. ci-dessus le n° 1355), ou plus généralement toutes les usines ou bâtiments qui ne sont point adhérents au sol ou à quelque autre immeuble par sa nature, sont meubles *quelle que soit leur importance* (voy. le n° 1354). Toutefois, et à raison même de leur importance, la saisie de quelques-uns de ces objets est soumise à des règles particulières (voy., à ce sujet, les art. 620, C. pr.; 198 et s., C. comm.); et les navires sont aujourd'hui susceptibles d'hypothèque (loi du 10 décembre 1874). Art. 531

1388. — Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice perdent la qualité d'immeubles qu'ils avaient lorsqu'ils existaient à l'état de bâtiment : ils reprennent leur nature de meubles dès qu'ils sont désassemblés et séparés du sol auquel ils adhéraient; et il en est ainsi, même au cas où l'édifice n'a été démoli que pour être reconstruit à nouveau. Cela résulte, par analogie, de ce qui est dit par la loi elle-même des matériaux qui, bien qu'assemblés et préparés pour la construction d'un bâtiment, conservent néanmoins leur nature de meubles tant qu'ils n'ont pas été employés par l'ouvrier dans la construction : *quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii.*

Art. 532.

Quid, des matériaux provenant de la démolition d'un édifice?

Quid, si l'édifice n'a été démoli que pour être reconstruit de nouveau?

Quid, des matériaux préparés et assemblés pour la construction d'un bâtiment?

Quid, de ceux qui, étant enlevés d'un édifice *pour cause de réparation,* sont destinés à y être remis dans un bref délai?

Toutefois, il en est autrement, du moins suivant l'opinion générale, des matériaux qui, étant enlevés d'un édifice *pour cause de réparation,* sont destinés à y être remis dans un bref délai, après la réparation faite : *ea quæ ex ædificio extracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt.* Notre article ne dit point le contraire : la règle qu'il établit ne concerne, en effet, que les matériaux provenant de la *démolition* d'un édifice. Telle était sur ce point la décision du droit romain et de notre ancienne jurisprudence; or, rien ne nous autorise à croire que notre Code s'en soit écarté (1).

II. *Des meubles par la détermination de la loi, c'est-à-dire par l'objet auquel ils s'appliquent.*

1389. — Sont dans cette classe tous les droits dont l'objet est mobilier, sauf pourtant le droit de propriété, que la loi range parmi les meubles corporels, c'est-à-dire parmi les meubles *par leur nature* (voy., sous le n° 1343, l'explic. de cette différence entre le droit de propriété et les autres droits). Art. 529.

Quels biens sont meubles *par la détermination de la loi?*

Ainsi, sont meubles par l'objet auquel ils s'appliquent :

1° L'*usufruit* des choses mobilières (art. 526);

(1) MM. Demol., t. I, nos 111 et suiv. ; Aubry et Rau, t. II, § 164, p. 9, note 19 ; Val., p. 46. — *Contra,* M. Laurent, t. V, n° 422.

2° « Les *obligations* et *actions* qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers ; »

3° « Les *actions* ou *intérêts* dans les Compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, *encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux Compagnies;* »

4° « Les *rentes* perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers. »

Les meubles compris dans les numéros 2, 3 et 4 font l'objet de l'article 529. Reprenons-les successivement.

1390. — I. « LES OBLIGATIONS OU ACTIONS SONT MEUBLES LORSQU'ELLES ONT POUR OBJET DES SOMMES EXIGIBLES OU DES EFFETS MOBILIERS (1). »

Quelle est la nature de l'obligation *alternative* qui a pour objet un *meuble* ou un *immeuble?*

De l'obligation dite *facultative*, lorsque la chose que le débiteur a la faculté de payer n'est pas de la même nature que celle qu'il doit?

De l'obligation de *faire?*

(1) Lorsque l'obligation est *alternative* (voy. les art. 1189 et suiv.), et qu'ell comprend un *meuble* ou un *immeuble*, il est impossible de déterminer sa natur par la nature de son objet. On la qualifie alors d'après la nature de l'obje *qui est payé*. Sa qualité est donc en suspens jusqu'au moment du paiement — Que si l'obligation est *facultative*, c'est-à-dire si elle est conçue de tell manière que le débiteur ait le droit de se libérer en payant une chose autr que la chose *due*, c'est la chose *due* et non la chose *payée* qui règle la qualit de la créance (voy. notre t. II, n° 1238, et, à ce sujet, notre t. III, n° 53).

— On s'est souvent demandé quelle est la nature de la créance qui a pou fondement une obligation *de faire*. Il est évident qu'elle est mobilière lorsqu'elle doit procurer un meuble au créancier. Mais que décider dans l'hypothèse contraire? Un entrepreneur s'est engagé à me construire une maison la créance que j'ai contre lui est-elle mobilière ou immobilière?

Pothier la tenait pour mobilière. La créance *d'un fait*, disait-il, n'a poin pour objet un immeuble : car, si le débiteur ne veut point exécuter son obligation, le créancier n'obtiendra que des dommages et intérêts, c'est-à-dire *un somme d'argent*.

Ce raisonnement péchait en un double point :

1° Lorsque le débiteur ne veut pas accomplir son obligation, le créancie n'est pas, du moins en principe, obligé de recevoir une somme d'argent au lie et place de ce qui lui a été promis : il a droit, en effet, d'obtenir le bénéfic effectif et direct de l'obligation, toutes les fois que le fait promis peut êtr utilement accompli par un tiers. Ainsi, dans l'espèce, le créancier peut exige que la maison que le débiteur refuse de bâtir soit bâtie à ses frais par d'autres ouvriers (art. 1144).

2° Ce que Pothier qualifiait, ce n'était pas l'*obligation de faire;* il qualifiai l'obligation qui, *ex post facto*, avait pris la place de l'obligation originair Au lieu de régler l'obligation primitive, il réglait l'obligation qui lui ava succédé.

Cette confusion a été relevée par tous les auteurs. C'est en considérant l nature du bénéfice que le créancier doit retirer de l'exécution de l'obligatio qu'on doit qualifier sa créance; or, dans l'espèce, si le débiteur fait ce qu'i doit faire, s'il exécute son obligation, le créancier recevra une maison, *u immeuble :* sa créance est donc immobilière, puisqu'elle tend *ad quid immobil* L'*obligation*, il est vrai, est mobilière : car le débiteur n'a à dépenser, pou l'accomplir, que des matériaux. Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait corrélation entre la nature de l'obligation et celle de la créance : l'une peut êt mobilière et l'autre immobilière (Proud., *du Dom. de propr. et de la distinc des biens*, n° 186; Bug., *sur Poth.*, t. IX, p. 95; Duc., Bonn. et Roust., su l'art. 529; Pont et Rodière, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 336. — *Contr* MM. Demol., t. I, n°s 372 et s.; Dem., t. II, n° 356 *bis*, I; Aubry et Rau, t. I § 165, note 18; Laurent, t. V, n° 495).

Du reste, les auteurs qui soutiennent que, lorsqu'un entrepreneur s'est oblig

« Les *obligations*... » L'*obligation* est un lien de droit par lequel une personne peut être contrainte de procurer à une autre personne un certain bénéfice. La *créance* est le corrélatif de l'*obligation*, c'est-à-dire la faculté accordée à une personne d'exiger d'une autre le bénéfice qu'elle doit lui procurer. L'*obligation* est le contraire d'*un bien*, c'est-à-dire une *dette*. La *créance* seule est un bien. Or, le Code s'occupe de la classification des biens : c'est donc la *créance* et non l'*obligation* qu'il aurait dû qualifier. Mais, comme ces deux idées d'*obligation* et de *créance* sont corrélatives et inséparables (voy. le n° 1333), on peut les traduire indifféremment par l'un ou l'autre mot. C'est ce que fait ici la loi. Elle considère l'obligation à son point de vue *actif*, et, par conséquent, dans la personne du créancier. C'est donc la *créance* qu'elle qualifie.

Que faut-il ici entendre par *obligations?*

1391. — « Les créances ou *actions*... » La *créance*, c'est le droit d'exiger d'une autre personne le bénéfice qu'elle est tenue de nous procurer. L'*action*, c'est la créance *mise en exercice*, c'est-à-dire portée devant les tribunaux; c'est, en d'autres termes, la créance sur laquelle existe un procès, ou dont on poursuit l'exécution par les voies judiciaires.

Qu'est-ce qu'une *créance?* Une *action?*

1392. — « Qui ont pour objet des sommes *exigibles*... » Si nous prenions ce mot *exigibles* dans son sens exact, habituel et pratique, nous serions conduits à faire une distinction absurde : il faudrait, en effet, dire que les créances de sommes d'argent ne sont point mobilières lorsqu'elles ne sont pas encore *exigibles*, c'est-à-dire lorsqu'elles sont accompagnées *d'un terme non encore échu*, et qu'ainsi elles sont immobilières jusqu'à l'échéance du terme. Mais le mot *exigible* ne signifie pas ici ce qu'il exprime habituellement. Sous cette dénomination de créances ayant pour objet des sommes *exigibles*, la loi a entendu désigner, non pas seulement les créances *dont le terme est échu*, mais celles dont le capital est *exigible*, en ce sens que le remboursement pourra en être exigé par le créancier tôt ou tard, aujourd'hui, ou à une autre époque qui n'est pas encore arrivée, par opposition aux *rentes*, espèce de créances dont le capital est absolument *inexigible*, en ce sens que le créancier n'en peut *jamais*, c'est-à-dire à aucune époque, réclamer le remboursement, pourvu qu'on lui serve régulièrement les arrérages (voy., sous les nos 1398 et suiv., l'explic. du mot *rente*).

La loi nous dit que les créances qui ont pour objet des sommes *exigibles* sont mobilières : quel est le sens de ce mot *exigibles?*

1393. — II. Les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. — Notre article ajoute que ces *actions* ou *intérêts* ne sont réputés meubles

à me construire une maison sur mon terrain, je n'ai contre lui qu'une créance *mobilière*, reconnaissent eux-mêmes que, si je fais un legs de mes immeubles et un legs de mes meubles, c'est au légataire de mes immeubles que reviendra la créance dont il s'agit.

qu'à l'égard de chaque associé, et seulement pendant la duré de la société.

La loi n'emploie-t-elle pas, dans notre article, deux fois le mot *actions?*
Quel sens a-t-il dans le second cas ?

« *Actions* ou *intérêts*... » Le mot *action* a ici un sens tout différent de celui que nous lui avons donné dans notre nº 1. L'*action*, dans la première partie de notre article, signifie *la créance portée en justice* (voy. le nº 1391). Dans la seconde, c'est le droit qu'a un associé de prendre sa part dans le fonds social lorsque la société sera dissoute, et de participer dès à présent aux bénéfices qu'elle fait pendant qu'elle dure.

Elle parle des *actions* ou *intérêts* dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie : quelle différence y a-t-il entre l'*action* et l'*intérêt* dont elle parle?

1394. — L'*intérêt* confère les mêmes droits : c'est donc aussi une *action*. Cependant l'*action* et l'*intérêt* diffèrent sous un certain rapport. La loi distingue trois espèces de sociétés :

1° La *société en nom collectif,* dans laquelle chacun des associés est solidairement responsable et tenu, sur tous ses biens, des suites de la société;

2° La *société anonyme,* dans laquelle chacun des associés n'est responsable que dans la limite de son apport des pertes que fait la société;

3° La *société en commandite* ou mixte, dans laquelle il existe un ou plusieurs associés en nom, qui sont responsables *in infinitum* des dettes de la société, et d'autres associés, appelés *simples bailleurs de fonds,* qui n'en sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise (voy. les art. 19 et suiv., C. comm.) (1).

Le droit des associés qui ne répondent des dettes de la société que dans la limite de leur apport est une *action*. On appelle *intérêt* le droit des associés qui sont responsables *in infinitum*. Ainsi, dans la société en nom collectif, chaque associé a un *intérêt;* dans la société anonyme, chaque associé a une *action*. Dans la société en commandite, les uns, ceux qui sont en nom, ont un *intérêt;* les autres, les bailleurs de fonds, ont une *action* (2).

Les actions ou inté-

1395. — « *Sont meubles..., encore que des immeubles fassent*

(1) On distingue deux sortes de commandite, la commandite *par actions* et la commandite *par intérêts* ou commandite *simple* (voy. l'art. 44 *in fine* C. comm., et l'art. 58 de la loi du 24 juillet 1867). Pour comprendre l'alinéa qui va suivre, il faut faire abstraction de la commandite *par intérêts* ou commandite *simple*.

(2) L'action est *cessible* : car l'associé auquel elle appartient, n'étant pas en nom dans la société, peut, sans lui faire aucun préjudice, substituer quelqu'un à sa place. Il en est différemment (du moins en général) de l'*intérêt*. L'associé qui est en nom dans la société en est souvent l'élément essentiel de prospérité. Ses cointéressés n'ont consenti peut-être à s'associer qu'à cause de son nom, de son crédit, de sa réputation. Il leur ferait donc préjudice, il les tromperait dans leur légitime attente, s'il lui était permis de disparaître de la société, en se faisant remplacer par une autre personne dont le nom n'offrirait pas les mêmes garanties que le sien.

« L'*intérêt*, dit M. Beudant, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne a été, de la part des contractants, l'élément déterminant de leur accord; l'*action*, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne est restée étrangère à la formation du contrat. » Voy. MM. Beudant et Batbie, *Revue critique de législ.*, t. XXXIV (année 1869), p. 135, 328, 402 et 413. Voy. aussi Val., p. 54.

partie du fonds social... » Que l'*action* et l'*intérêt* soient meubles lorsque le fonds, le capital social, est lui-même *purement mobilier*, rien de plus logique, rien de plus conforme à la théorie générale de notre Code sur la classification des droits. Mais la loi ajoute que l'action et l'intérêt sont meubles, *alors même que le fonds social est immobilier*. Sa décision, dans ce cas, ne peut se comprendre et ne se justifie qu'au moyen d'une fiction. Les rédacteurs du Code sont partis de cette idée : La société ou l'être collectif constitue une personne civile, morale, distincte de la personne des associés considérés individuellement. C'est à cette personne morale qu'appartient le capital qui constitue son avoir, son patrimoine propre. Dès lors peu importe, en ce qui touche la qualification du droit de chacun des associés, la nature du fonds social : il ne peut point servir à qualifier leur action, puisque leur action ne leur attribue aucun droit actuel sur les biens dont il se compose. Aucun d'eux ne peut dire qu'il en est *dès à présent* propriétaire pour une part, puisqu'il appartient exclusivement à l'être moral, la société. Leur action ne leur donne droit qu'au partage des bénéfices, lesquels sont toujours mobiliers : elle est donc nécessairement mobilière, puisque son objet est essentiellement mobilier.

rêts dans les mêmes compagnies sont-ils mobiliers *lorsque des immeubles appartiennent à ces compagnies?* Pourquoi sont-ils mobiliers, même dans ce cas?

1396. — Le caractère mobilier de leur action dure *tant que dure* la fiction qui attribue à la société la propriété du fonds social, c'est-à-dire tant que dure la société. Lors, au contraire, que l'être moral a cessé d'exister, que la société est dissoute, la propriété du fonds social passe alors aux associés, de même que le patrimoine d'une personne décédée passe aux héritiers. C'est à eux désormais qu'appartient le fonds social ; chacun d'eux est propriétaire pour une part indivise des biens mobiliers ou immobiliers qui le composent. Les résultats ultérieurs du partage détermineront la nature de leur droit, qui sera réputé avoir été, du jour même de la dissolution de la société, mobilier ou immobilier, suivant la nature des objets mis dans leurs lots, conformément au principe de rétroactivité consacré par l'article 883 de notre Code.

Quid, après que la société est dissoute?

1397. — *Tant que la société dure*, le droit des associés est purement mobilier. Mais, ajoute la loi, cela n'est vrai *qu'à l'égard des associés seulement*. La loi a voulu dire, mais elle s'est mal expliquée, que les immeubles qui font partie du fonds social conservent leur propre nature à l'égard de la société considérée comme personne civile, et qu'ainsi ils sont, quant à elle, régis comme biens immobiliers.

Tant que la société dure, les actions sont mobilières, quoique le fonds social soit composé d'immeubles ; mais, ajoute la loi, cela n'est vrai *qu'à l'égard des associés seulement* : quel est le sens de ces derniers mots?

1398. — III. Les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État soit sur des particuliers. — La rente *perpétuelle* est le droit, non limité dans sa durée, d'exiger annuellement, ou à des termes périodiques plus courts, les revenus d'un capital qui n'est pas exigible de la part du créancier, mais qui est remboursable au gré du débiteur.

Art. 529, dernier alinéa, et 530.

Qu'est-ce qu'une rente *perpétuelle?* Une rente *viagère?* Quelle différence y a-t-il entre une *créance* et une *rente?*

La rente *viagère* est le droit d'exiger, pendant la *vie* d'une per-

sonne déterminée (ordinairement la vie du créancier), les intérêts (les arrérages) d'un capital qui n'est ni exigible de la part du créancier, ni remboursable de la part du débiteur (1).

1399. — Ainsi, la *rente* est une *créance,* mais une créance *sui generis.* Voyons en quoi elle diffère d'une créance ordinaire.

La *créance* proprement dite ou ordinaire a pour objet direct un *capital exigible,* en ce sens que le débiteur peut être dès à présent ou pourra être à une certaine époque *contraint d'en faire le remboursement.*

La *rente perpétuelle,* au contraire, a pour objet les revenus d'un capital qui est *inexigible,* inexigible en ce sens que le remboursement n'en peut jamais être exigé du débiteur, lequel est le maître de le garder à toujours ou de le rembourser, suivant son intérêt.

Dans le premier cas (*créance ordinaire*), le créancier a le droit d'exiger et le débiteur a le droit d'effectuer le remboursement du capital qui fait l'objet de la créance.

Dans le second (*rente perpétuelle*), le créancier n'a pas le droit d'exiger, mais le débiteur a le droit d'effectuer le remboursement du capital de la rente.

Que si la rente est *viagère,* le débiteur lui-même n'a pas le droit d'exiger que le créancier reçoive le capital de la rente.

Comment appelle-t-on les revenus qu'on retire d'une *rente?* Ceux qu'on retire d'une *créance?*

1400. — Les revenus qu'un créancier retire d'un capital exigible s'appellent *intérêts.* — Ceux qu'il retire d'un capital inexigible s'appellent *arrérages.*

Je vous prête 20,000 francs à 5 pour 100, pour dix ans : j'ai le droit d'exiger de vous, d'abord pendant dix ans, les intérêts de mon capital, et, en outre, mon capital à l'expiration des dix ans. Le droit que j'ai contre vous est une *créance.*

Vous prenez envers moi l'engagement de me payer à perpétuité ou pendant un certain temps 1,000 francs d'arrérages (de revenus) pour chaque année, en échange d'un capital que je vous abandonne *pour toujours :* j'ai le droit d'exiger de vous, non pas mon capital (car, vous en ayant fait l'abandon perpétuel, je ne puis à aucune époque vous forcer à le rembourser), mais simplement des revenus annuels. Ma créance est une *rente* (2).

La rente constituée à titre onéreux est-elle un *prêt?*

1401. — Lorsque la rente est constituée *à titre onéreux,* c'est-à-dire en échange d'un capital en argent ou de toute autre valeur,

(1) Voy., au Titre *Des contrats aléatoires* (art. 1964 à 1983), le chapitre II, *Du contrat de rente viagère.*

(2) On se fait, dans le monde, une idée fausse de la rente. Les rentiers, confondant l'*objet* du droit avec le *droit lui-même*, appellent *rentes* les arrérages qu'ils reçoivent ou qu'ils ont droit de recevoir. C'est ainsi qu'on dit tous les jours : J'ai touché *ma rente*, je vais recevoir *ma rente.* Cela n'est pas exact. La rente n'est pas plus ce que l'on reçoit qu'une moisson n'est le champ qui l'a produite. Ce que l'on reçoit, c'est ce que produit la rente ; la rente, c'est le droit à ce produit. Le paiement de la rente, c'est le remboursement du capital : c'est, par conséquent, l'extinction de la rente elle-même. Le paiement des arrérages échus la laisse, au contraire, subsister pour l'avenir.

l'opération qui la constitue n'est pas un *prêt,* ainsi qu'on le dit vulgairement; c'est une *vente*. Ce qui est vendu, c'est l'obligation de payer, à des époques périodiques, des arrérages dont le taux est fixé; le capital versé en échange de cette obligation est le prix de vente. Ainsi lorsque l'État a besoin d'argent, il n'*emprunte* pas, il *vend* des rentes. Au lieu de recevoir, à titre de *prêt,* des capitaux dont le remboursement serait, à une époque donnée, exigible de la part des créanciers, il vend, sur adjudication et moyennant un capital dont il acquiert la propriété à perpétuité, l'obligation de payer à l'adjudicataire ou à ses ayants cause des revenus annuels dont le chiffre est déterminé.

Qu'est-ce donc ?

Quelle différence y a-t-il entre le *prêt* et la constitution d'une rente à titre onéreux?

Cette opération lui offre bien plus de sûreté qu'un *emprunt*. L'*emprunteur* peut, en effet, être contraint de rembourser, à une époque donnée, le capital qu'il a reçu; or, cette faculté pourrait, dans certains cas, devenir très compromettante pour l'État.

Le vendeur de rentes, au contraire, ne court aucun risque : au lieu d'être à la discrétion de ses créanciers, ce sont eux qui subissent sa loi. Veut-il conserver le capital qu'il a reçu comme prix de l'obligation qu'il a vendue : il le peut, car le créancier lui en a fait un abandon perpétuel. Veut-il, au contraire, se décharger de son obligation, c'est-à-dire la *racheter :* il le peut, car la vente qu'il a faite est toujours réputée faite *avec faculté de réméré.*

Ainsi, le débiteur de la rente, qui ne peut jamais être contraint au remboursement du capital, est maître de le faire quand il le juge à propos. C'est ce qu'on exprime lorsqu'on dit que la rente est essentiellement *rachetable*. Ce remboursement constitue, en effet, un véritable *rachat :* le débiteur, moyennant qu'il rende un prix égal à celui qu'il a reçu, rachète ce qu'il a vendu, l'obligation de payer des arrérages (1). Cette faculté de rachat est de l'*essence* de la rente : ainsi elle existe nonobstant toute stipulation contraire.

Quelle idée entend-on exprimer lorsqu'on dit que la rente perpétuelle est essentiellement rachetable ?

On pourrait, du reste, appeler *emprunt* l'opération que nous avons appelée *constitution de rente ;* mais alors il faudrait ajouter, pour la distinguer de l'emprunt ordinaire, qu'elle est faite sous cette condition que le remboursement du capital est essentiellement *facultatif* de la part de l'emprunteur (2).

1402. — Notre ancien droit distinguait deux espèces de rentes : la rente *foncière* et la rente *constituée.*

Combien d'espèces de rentes distinguait-on dans notre ancien droit ?

La rente *foncière* était un démembrement du droit de propriété, un droit réel retenu sur un immeuble qu'on aliénait, et en vertu duquel l'aliénateur de l'immeuble pouvait exiger à perpétuité, c'est-à-dire pour lui ou les siens, des prestations périodiques, soit

Qu'est-ce qu'une rente *foncière?*

N'était-ce pas un droit réel ?

(1) Voy. Pothier, *Traité du contrat de constitution de rente*, n° 1.

(2) L'art. 1909, qui se trouve dans le Titre *Du prêt*, au chapitre *Du prêt à intérêt*, est, en effet, ainsi conçu : « On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. Dans ce cas, le prêt prend le nom de *constitution de rente.* »

de l'acquéreur de l'immeuble, soit de toute autre personne détenant l'immeuble aliéné.

Je vous cède la propriété d'un immeuble, sous la condition qu'il me sera payé, chaque année, un revenu déterminé, soit en argent, soit en denrées, en grains ou animaux, avec retenue sur l'immeuble aliéné d'un droit réel pour assurer l'acquittement annuel de la redevance : cette convention s'appelait *bail à rente*. On appelait *rente foncière* le droit d'exiger la redevance annuelle dont l'immeuble était grevé.

Cette redevance était due par l'immeuble lui-même; c'est lui qui en était le véritable et le seul débiteur. Si le preneur était tenu de la payer, ce n'était pas qu'il en fût *personnellement tenu ;* c'était uniquement parce qu'étant possesseur de l'immeuble qui en était chargé, il n'en pouvait conserver la possession que sous la condition de payer pour lui.

Quelles conséquences en tirait-on?

1403. — Du principe que la rente foncière était un droit *réel* il résultait :

1° Qu'elle suivait, en quelques mains qu'il passât, l'immeuble qui en était grevé. Mais, comme le possesseur n'était point personnellement obligé de la servir, comme il n'en était tenu que *propter rem,* il lui était permis de se décharger de l'obligation de la payer en abandonnant l'immeuble qui la devait. Cet abandon s'appelait *déguerpissement ;*

2° Qu'elle était essentiellement *non rachetable :* car personne ne peut être contraint de vendre sa propriété. Ainsi le possesseur de l'immeuble ne pouvait pas le conserver et se décharger de la rente en payant un capital corrélatif au taux des arrérages de la rente : il fallait de toute nécessité ou *déguerpir,* c'est-à-dire abandonner l'immeuble, ou payer la redevance (1).

Qu'était-ce que la rente *constituée?*

1404. — La rente *constituée* était une créance d'arrérages, acquise gratuitement ou à titre onéreux, moyennant un prix en argent ou moyennant tout autre capital mobilier. — Du principe qu'elle n'était qu'une simple *créance* il résultait :

Quelles conséquences tirait-on du principe que la rente *constituée* n'était qu'une simple créance?

1° Qu'elle ne pouvait être exigée que du débiteur ou de ses héritiers ;

2° Qu'elle était essentiellement *rachetable :* car tout débiteur a le droit de se libérer en payant.

Le Code a-t-il maintenu la rente foncière? En quel sens l'a-t-il abrogée?
Le débiteur de la rente peut-il, comme

1405. — Le Code a aboli les *rentes foncières* (2). Il n'est point défendu, sans doute, d'acquérir une rente moyennant l'aliénation d'un immeuble; mais la rente ainsi acquise n'est plus comme autrefois un *droit réel,* un *démembrement du droit de propriété*. Ce n'est

(1) Deux Ordonnances, l'une de 1441, l'autre de 1553, avaient porté atteinte à ce principe, pour cause d'utilité publique, à l'égard des rentes foncières grevant les maisons de ville. Voy. Pothier, *Traité du contrat de bail à rente,* n°s 24 et suiv.

(2) L'art. 530, qui contient cette abolition, a été promulgué avec la loi organique du Code, le 31 mars 1804. Ainsi, quoiqu'il soit le 530e des articles dont le Code se compose, en réalité, c'est lui qui a été fait le dernier (voy. le n° 34 *bis*).

plus qu'une *créance* comme la rente constituée. Au lieu d'être une charge imposée à l'*immeuble*, c'est tout simplement une *obligation personnelle* imposée à l'acquéreur direct de l'immeuble. Aussi ne lui est-il point permis de s'en affranchir en *déguerpissant* (en abandonnant l'immeuble) ; mais il peut la faire cesser, l'éteindre, en la *rachetant*, c'est-à-dire en payant un capital correspondant au taux des arrérages qu'il doit.

autrefois, s'en affranchir au moyen du déguerpissement?
Quel moyen a-t-il de s'en affranchir?
Peut-on convenir qu'une rente ne sera pas rachetable?
Quelles différences y a-t-il, sous l'empire du Code, entre la rente constituée moyennant l'aliénation d'un immeuble, et la rente constituée moyennant l'aliénation d'un capital mobilier?

Ainsi, sous l'empire du Code (1), les rentes, de quelque manière qu'elles soient constituées, sont de simples *créances*.

Quelles qu'elles soient, elles sont *essentiellement rachetables*, à moins qu'elles ne soient constituées en *viager*.

Toutefois, nous verrons plus tard, lorsque nous étudierons les articles 1910 et suivants, qu'il existe d'importantes différences entre la rente constituée moyennant l'aliénation d'*un immeuble* et la rente établie à prix d'argent ou en échange de tout autre *capital mobilier*. Je ne veux citer ici que celles dont je trouve le principe dans notre article :

1° Il est permis de stipuler les conditions du rachat, dans le cas où la rente est constituée moyennant l'aliénation d'un *immeuble*. — Lors, au contraire, que la rente est établie à prix d'argent ou en échange d'une autre valeur mobilière, le rachat ne peut se faire qu'au taux légal.

2° Dans le premier cas, on peut stipuler que la rente ne sera pas rachetable pendant *trente ans*. — Dans le second, on peut stipuler qu'elle ne sera pas rachetable, mais pendant *dix ans* seulement.

Tout cela sera mieux compris, lorsque nous étudierons, dans le troisième volume, la théorie des rentes.

1406. — La nature des rentes n'était point parfaitement établie dans notre ancien droit. Les rentes *foncières* étaient partout considérées comme des *immeubles*. Les rentes *constituées* étaient rangées, suivant quelques coutumes, parmi les *meubles*, et, suivant la coutume de Paris, qui formait le droit commun, parmi les *immeubles*. Quant aux rentes *viagères*, on les tenait sans hésiter pour mobilières, dans les coutumes qui rangeaient parmi les meubles les rentes constituées en perpétuel; partout ailleurs, leur nature était controversée. Le Code les met *toutes* dans la classe des meubles (2).

Dans quelle classe de biens l'ancien droit rangeait-il les rentes?
Dans quelle classe le Code les range-t-il?

(1) Le droit intermédiaire n'abolit point les rentes foncières : il laissa subsister celles qui existaient déjà et permit même d'en constituer de nouvelles. Mais les unes et les autres furent déclarées essentiellement *rachetables* (voy. les lois du 4 août 1789 et du 18 décembre 1790).

(2) La loi du 11 brumaire an VII *sur le régime hypothécaire* déclare, en termes généraux, que les rentes foncières ou autres ne pourront plus être hypothéquées. La Cour de cassation en a conclu qu'elles étaient, dès lors, devenues meubles.

Aux termes du décret du 16 janvier 1808, des rentes sur l'Etat ont pu être *immobilisées* par le propriétaire pour la constitution d'un majorat (voy., ci-dessus, le n° 1383). Aujourd'hui, on ne peut plus instituer de nouveaux ma-

Art. 533 à 536.

Le Code n'a-t-il pas déterminé le sens dans lequel doivent être entendus les mots : *meuble, meubles meublants, biens meubles, mobilier, effets mobiliers?...*

Les définitions légales qu'il en a données sont-elles toujours conformes au sens qu'ils ont dans la pratique?

Cette différence entre le sens légal et le sens pratique de ces expressions ne présente-t-elle pas un inconvénient?

Comment peut-on y échapper?

1407. — *Du sens légal des mots :* MEUBLE, MEUBLES MEUBLANTS, BIENS MEUBLES, MOBILIER, EFFETS MOBILIERS, MAISON MEUBLÉE, MAISON AVEC TOUT CE QUI S'Y TROUVE. — Ces différentes expressions, quoique fort usitées dans la pratique, n'ont point un sens parfaitement défini. Nos anciens jurisconsultes disputèrent souvent sur la signification plus ou moins étendue qu'elles paraissent avoir. Malheureusement on ne s'entendit point. Les différentes interprétations qui en furent données jetèrent une grande incertitude dans la jurisprudence. Témoins ou instruits des contestations qui s'élevèrent à ce sujet, les rédacteurs du Code ont cru devoir donner à chacune de ces expressions un sens précis : ils ont espéré qu'en les définissant légalement ils feraient cesser toute incertitude. Mais, hâtons-nous de le dire, ils ont manqué leur but. Le sens qu'ils ont donné aux mots qu'ils ont définis est, dans plusieurs cas, si peu d'accord avec le sens qu'on leur attribue dans l'usage, qu'on peut dire hardiment que leur signification *légale* ne donne jamais la pensée exacte des personnes qui les ont employés. Ces définitions légales conduiraient donc, si on en déduisait rigoureusement les conséquences, à des interprétations on ne peut plus fausses et souvent même injustes; mais la pratique a su s'y soustraire, en les tempérant par cette règle de droit, qu'il faut, dans les conventions et dans les testaments, « rechercher quelle a été la pensée des parties ou du testateur plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (art. 1156).

Art. 533.

Quel est le sens légal du mot *meuble?*

La loi ne fait-elle pas, à cet égard, une distinction?

1408. — I. MEUBLE. — Le sens légal de ce mot varie suivant qu'il est employé *seul,* ou qu'il est accompagné de quelque autre expression qui en étend ou en limite la portée (1).

1° Employé *seul,* sans autre addition ou désignation, le mot *meuble* comprend *tous les meubles autres que les suivants,* savoir : l'argent comptant, — les pierreries, — les dettes actives (les créances), — les livres, — les médailles, — les instruments des sciences, des arts et métiers, — le linge de corps, — les chevaux, les équipages, les armes, — les grains, les vins, foins ou autres denrées, — et enfin ce qui fait l'objet d'un commerce.

L'article 533, qui donne cette signification au mot *meuble* employé seul, ajoute qu'elle le régit, soit qu'on le trouve écrit *dans les dispositions de la loi,* soit qu'on le trouve employé *dans un contrat ou dans un testament.*

2° Lorsqu'il est employé avec « une autre addition ou désignation », il prend alors le sens spécial que lui attribue la nature de l'expression qui l'accompagne. Est-elle restrictive, il est restreint comme elle : ainsi, lorsqu'il est accompagné du mot *meublants* (*meubles meublants*), il ne comprend que les meubles desti-

jorats ; mais il y a d'anciens majorats qui subsistent encore (lois du 12 mai 1835 et du 7 mars 1849).

(1) L'article suppose qu'on a employé le mot *meuble* (au singulier); mais il serait également applicable si on avait employé le mot *meubles* (au pluriel).

nés à l'usage et à l'ornement des appartements (art. 534). Est-elle, au contraire, extensive, il prend la généralité qu'elle comporte : ainsi, lorsqu'il est précédé du mot *biens* (*biens meubles*), dont le sens est général, il embrasse tout ce qui n'est pas immeuble (art. 535). Il en est évidemment de même lorsqu'il est précédé du mot *tous* ou suivi des mots *en totalité*.

1409. — Peu importe, au reste, que l'expression qui par sa nature est susceptible d'étendre ou de restreindre le sens du mot *meuble*, soit placée *immédiatement* à côté de lui, ou qu'on la trouve écrite dans une autre partie de la même loi ou du même acte qu'on interprète. La définition légale qui en a été donnée par l'article 533 ne le régit que dans le cas où il est impossible de déterminer par les autres dispositions de la loi, ou par les autres clauses de l'acte où il se trouve écrit, le sens exact dans lequel il a été employé : toutes les clauses des conventions (et, par analogie, du testament et de la loi) s'interprètent, en effet, « les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » (art. 1161). Ainsi, lorsqu'il est employé *par opposition aux immeubles*, ces expressions, *les immeubles*, qui lui font antithèse, en déterminent l'étendue : par exemple, si un testateur, après avoir légué *ses meubles* à Primus, lègue *ses immeubles* à Secundus, il est évident que le premier legs comprend tout ce qui n'est pas compris dans le second, c'est-à-dire *tout ce qui n'est pas immeuble*.

Le mot *meubles* est-il quelquefois employé seul dans les dispositions de la loi ?

1410. — Dans les dispositions de la loi, cette opposition existe toujours : jamais, en effet, la loi ne parle des *meubles séparément* et abstraction faite des *immeubles*. Souvent même il est traité des uns et des autres dans le même article (art. 826, 880, 1564 et 2099). Lorsque cette opposition n'est pas écrite dans la même disposition, elle est toujours comprise dans la même section ou dans le même chapitre (comparez l'art. 805 avec l'art. 806, l'art. 824 avec l'art. 825, l'art. 2119 avec les art. 2114 et 2118, et enfin l'art. 2279 avec l'art. 2265). Le mot *meuble* n'est donc jamais employé *seul* dans les dispositions de la loi. Sous ce rapport, la définition qu'en donne notre article est une pure abstraction, une disposition inutile et sans objet.

1411. — Il en est différemment en ce qui touche les contrats et les testaments. Le mot *meuble* y est souvent employé seul et sans aucune addition. Alors, mais alors seulement, la définition qu'en a donnée la loi reçoit son application. Ainsi, lorsque le testateur a légué son *meuble*, et que le testament ne contient aucune autre expression ou disposition propre à démontrer qu'il n'a pas entendu attacher au mot *meuble* dont il s'est servi, un sens plus général que celui que la loi lui attribue, le légataire ne peut réclamer aucun des objets énumérés dans notre article.

L'énumération des objets que la loi désigne comme n'étant point compris dans le mot *meuble* employé seul est-elle *limitative* ?

1412. — On s'est demandé si cette énumération des objets que la loi désigne comme n'étant point compris dans le mot *meuble* employé seul est *limitative*. — La négative est généralement admise. On comprend dans cette énumération, par analogie de mo-

tifs, tous les objets qui ont leur analogue parmi ceux que la loi désigne expressément. Ainsi, bien que notre article ne le dise pas positivement, le mot *meuble,* employé seul, ne comprend point :

1° Les collections de tableaux ou de porcelaines qui sont placées dans des galeries ou dans des pièces particulières : ces choses ont, en effet, leur analogue dans les médailles, que le mot *meuble* employé seul ne comprend pas;

2° Les analogues de l'*argent comptant,* c'est-à-dire les lingots en or et en argent;

3° Les montres et autres objets de cette nature, qui ont leur analogue dans les *pierreries;*

4° Les bœufs et autres animaux, car la loi exclut les *chevaux;*

5° La *charrette* du voiturier, puisque les équipages d'un maître n'y sont point compris (1).

Art. 534.

Quel est le sens légal des mots : *meubles meublants ?*

1413. — II. Meubles meublants. — Ces mots ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature.

Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans des galeries ou pièces particulières.

Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de *meubles meublants.*

Art. 535.

Quel est le sens des mots *biens meubles, mobilier, effets mobiliers?*

1414. — III. Biens meubles, — mobilier, — effets mobiliers. — Chacune de ces expressions a un sens général : elle comprend *tout ce qui n'est pas immeuble.* Mais, bien entendu, il n'en est ainsi qu'autant que ces expressions sont employées seules, sans autre expression ou addition qui en limite l'étendue. Ainsi, par exemple, il est évident que le mot *mobilier* est pris dans un sens très restreint, lorsqu'il est accompagné des mots : *qui se trouve dans ma maison.*

Ces mots conservent-ils leur sens légal alors même qu'il existe, *en dehors de l'acte qu'il s'agit d'interpréter,* des circonstances qui démontrent qu'ils ont été employés dans le sens

Supposons le même mot employé seul dans un contrat ou dans un testament; supposons, en outre, qu'il n'existe dans l'acte ou dans le testament qu'il s'agit d'interpréter aucune autre expression, aucune autre clause, qui puisse expliquer en quel sens ce mot a été employé par les parties ou par le testateur : faut-il

(1) Je me demande, en présence de cette extension de la restriction légale du mot *meuble* employé seul, ce que devient notre article, et à quoi il sert! N'est-il pas évident qu'on en fait une lettre morte et trop inutile? la loi cependant a voulu atteindre un but en l'écrivant. Elle a voulu, l'observation en a été faite par les rédacteurs du Code, mettre un terme aux nombreux procès que faisait naître autrefois le sens incertain et contesté du mot *meuble;* or, le système des analogues, que je viens d'exposer, ne fait que rendre plus féconde cette source de procès que la loi voulait tarir! Quoi qu'il en soit, la pratique est si profondément entrée dans cette voie qu'il serait difficile de l'en faire sortir.

se conformer à l'article 535, alors même qu'il existe, *en dehors de l'acte ou du testament,* des circonstances qui démontrent qu'il a été employé dans le sens restreint qu'on lui donne dans l'usage? Un testateur, dont la fortune, exclusivement mobilière, s'élève à 600,000 francs, fait son testament avec cette seule disposition: « Je lègue *mon mobilier* à Paul, mon domestique. » Le légataire prétend, avec l'article 535, que le testateur a entendu lui léguer tous ses biens, ses actions dans les sociétés de commerce, ses rentes sur l'Etat, ses créances, en un mot *toute sa fortune.* Les parents du défunt soutiennent, au contraire, que le testateur ne connaissait pas le sens légal du mot *mobilier,* qu'il l'a employé avec le sens qu'il a dans le monde pratique, et qu'ainsi il n'a entendu léguer que ses *meubles meublants;* que cela résulte de la qualité du légataire, de ses rapports avec le testateur, et de plusieurs autres circonstances dont ils offrent la preuve : doit-on les écouter? J'admettrais l'affirmative. Que prétendent-ils? que le défunt n'a pas connu le sens légal du mot *mobilier :* ils affirment qu'il a commis une erreur de droit. Or, l'erreur se prouve par toute espèce de moyens, par lettres, par témoins, et même par de simples inductions ou présomptions (voy. l'art. 1353).

qu'on leur donne habituellement dans l'usage?

1415. — Notre article ne pourra donc recevoir son application qu'au cas où les circonstances seront telles, qu'il sera impossible de savoir si le testateur a entendu le mot *mobilier* dans son sens légal et absolu ou dans son sens habituel et restreint: la présomption sera alors qu'il l'a employé avec le sens que la loi lui donne. Tel serait le cas où un testateur, qui n'avait que des parents éloignés, et qu'il connaissait à peine, a légué *son mobilier* à un ami intime ou à un parent qu'il affectionne plus que les autres.

Dans quel cas donc doit-on les prendre avec le sens que leur donne la loi?

1416. — IV. Maison meublée. — *Les meubles meublants sont seuls compris sous cette désignation.*

Que comprend la vente d'une *maison meublée ?*

Art. 536.

1417. — V. Maison avec tout ce qui s'y trouve. — Cette désignation comprend *tous les meubles* qui se trouvent dans la maison, sauf l'argent comptant, les dettes actives (les créances) et autres droits dont les titres sont déposés dans la maison. Les droits ne sont point, en effet, dans la maison : car les choses incorporelles ne résident nulle part. Les *titres* qui en constatent l'existence peuvent, il est vrai, se trouver dans la maison; mais les écrits ne sont que la preuve des droits et non les droits eux-mêmes. Quant à l'argent comptant, la loi l'assimile à un titre de créance. L'argent, selon l'expression de Demante, n'est que le signe d'une valeur qui ne réside nulle part (1). — Ainsi, lorsque je vous vends ou que je vous lègue une maison *avec tout ce qui s'y trouve,* je suis censé vous avoir vendu ou légué tous les objets mobiliers *réellement*

Que comprend la vente ou le don d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve ?*

(1) « Dans le cas de legs, dit M. Valette (p. 71), nous ne voyons pas pourquoi la libéralité faite comme le prévoit l'article, ne recevrait pas une interprétation plus large, qui y ferait entrer l'argent comptant et les titres au porteur. »

contenus dans cette maison; mais, bien entendu, sauf la preuv contraire à faire. Cette preuve peut être faite directement ou in directement : on peut donc la tirer, par induction, de la qualité de parties et de la nature même de l'acte. Par exemple, lorsque j *vends* ma maison *avec tout ce qui s'y trouve,* il est évident que *me habits* sont tacitement réservés.

La *donation* d'une *maison meublée*, ou d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve,* est-elle valable quant aux meubles qui meublent la maison ou qui s'y trouvent?

1418. — Remarquons que la *donation* d'une maison *meublée,* o d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve*, resterait, si elle était fait en ces termes généraux, sans aucun effet à l'égard des meuble qui meublent la maison ou qui s'y trouvent : car, d'après l'article 948, les donations mobilières ne sont valables que sous l condition que les objets qu'elles comprennent soient *individuellement énumérés* et *estimés* dans un état qui doit être joint à l'act de donation.

CHAPITRE III. — Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent.

1419. — L'État et les autres collections d'individus ou corporations qui relèvent de lui, telles que les communes, les départements, les établissements publics..., constituent des personnes *collectives* (voy. le n° 97). Ces personnes civiles, de même que les personnes que la loi appelle ici les *particuliers,* ont ou peuvent avoir un patrimoine à elles. Ainsi, elles peuvent acquérir ou aliéner des biens, s'obliger et obliger les autres envers elles.

Art. 537.

A quelles personnes peuvent appartenir les biens?

Les biens peuvent donc appartenir soit à des particuliers, c'est-à-dire à des personnes privées, soit à des personnes collectives ou publiques (1).

Si nous nous en tenions aux dispositions de notre chapitre, l'*État* et les *communes* constitueraient seuls, parmi les corporations reconnues dans l'ordre public, des personnes civiles susceptibles d'avoir un patrimoine à elles (2). Mais d'autres articles du Code et d'autres lois attribuent le même caractère, la même capacité, à plusieurs autres corporations (art. 910, 937, 1712 et 2227). Tels sont :

1° Les départements (lois du 10 mai 1838 et du 10 août 1871);

2° Les établissements publics ou d'utilité publique, comme les hospices (loi du 16 vend. an V), les établissements universitaires (décr. du 17 mars 1808, et loi du 7 août 1850, art. 15), les établissements ecclésiastiques et les communautés religieuses (ord. du 2 janvier 1817, loi du 24 mai 1825), l'Institut de France, etc.

(1) Une personne peut être collective sans être une personne publique. Ainsi, les sociétés de commerce sont des personnes privées, bien que collectives. La personne collective est dite *publique*, lorsque sa constitution se rattache à l'ordre social ou politique.

(2) Sur l'historique de notre article 537, voy. MM. Demol., t. I, n° 455; Val., p. 73.

Comment les divise-t-on, dans leurs rapports avec les personnes qui en ont la propriété?

1420. — Ainsi, dans leurs rapports avec les personnes qui en ›nt la propriété, les biens se divisent en deux grandes classes. La ›remière comprend les biens qui appartiennent à des personnes *›rivées;* la seconde, les biens qui appartiennent à des personnes *›ubliques,* c'est-à-dire à l'État, aux communes, aux départements, ›t enfin aux établissements publics.

Les biens sont donc *privés* ou *non privés.*

Ces derniers comprennent :

Comment classe-t-on les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers?

1° Les biens de la nation; — 2° les biens des communes; — ›° les biens des départements; — 4° les biens des établissements ›ublics ou d'utilité publique (1).

Quelle différence y a-t-il entre les biens qui appartiennent à des personnes privées et ceux qui appartiennent à des personnes publiques, quant à la manière de les acquérir, de les administrer et d'en disposer?

1421. — Les biens de la première classe, les biens *privés,* sont, ›uant à leur acquisition, leur administration et leur aliénation, ›égis par les lois du Code civil. Le principe dominant en cette ›atière, c'est que les particuliers gèrent et administrent eux-›êmes leurs biens, et qu'ils en ont la libre disposition, à moins : ›° qu'ils ne soient mineurs ou interdits, ou, plus généralement, ›capables, auquel cas l'administration et la gestion de leur pa-›imoine sont soumises à des règles particulières; 2° que la dis-›osition qu'ils en veulent faire ne soit défendue par une loi spé-›iale (voy. les nos 1435 et 1437).

1422. — Les biens de la seconde classe, ceux qui appartiennent › des personnes publiques, sont régis, quant à leur administra-›on, leur acquisition et leur aliénation, par des règles spéciales ›u'ont tracées les lois administratives. Le principe dominant en ›tte matière, c'est : 1° que les biens sont administrés, non point ›ar la personne qui en a la propriété, car elle est incapable d'agir ›ar elle-même, mais par des mandataires qui la représentent, ›omme un tuteur représente son mineur; 2° qu'ils ne peuvent, en ›énéral, être aliénés qu'en vertu d'une loi.

Le Code ne règle point cette matière ; il se borne à donner l'é-›umération des biens nationaux et à définir les biens communaux.

§ I. *Des biens nationaux.*

Art. 538 à 541.

Comment divise-t-on les biens qui appartiennent à la nation?

1423. — Les biens qui appartiennent à la nation se divisent › leur tour en deux grandes classes, savoir : 1° les biens du *domaine ›ublic ;* 2° les biens du *domaine de l'État* (2).

Les biens du *domaine public* et ceux du *domaine de* l'*État* doi-›ent être soigneusement distingués : les règles qui les régissent ›nt, en effet, différentes.

Que faut-il entendre

Les biens du *domaine public* sont ceux qui ont reçu une destina-

(1) Les caisses d'épargne, qui ont la nomination de leur personnel et dont › budget n'est point approuvé par l'autorité supérieure, sont bien des établis-›ments *d'utilité publique*, mais non des établissements *publics* dans le sens ›opre du mot. Val., p. 74.

(2) Il n'y a plus à parler aujourd'hui des biens de la *liste civile.*

par biens du *domaine public?*

tion si essentiellement liée à l'ordre public et à l'intérêt généra qu'il y a une incompatibilité absolue entre cette destination et u *appropriation privée.*

Tels sont les biens destinés soit à la défense de l'État, comm les places de guerre, les fortifications, soit à l'usage commun d citoyens, comme les routes, les rivières navigables... Ces biens r peuvent, par essence, appartenir qu'à l'État (1). Où serait, en effe sa sûreté, s'ils restaient, avec leur destination, dans le patrimoir d'un simple particulier, et à sa disposition?

Par biens du *domaine de l'Etat?*

Les biens du *domaine de l'État* sont ceux dont la destinati n'est pas incompatible avec une propriété privée, c'est-à-dire q tout en conservant la destination qu'ils ont dans le patrimoine l'É at, pourraient appartenir à un simple particulier.

Tels sont les bois, les prés, les vignes..., et les biens mobilier composant les successions que l'État acquiert par droit de désh rence (art. 768).

1424. — Ainsi l'État a deux espèces de biens, savoir :

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les biens du *domaine public* des biens du *domaine de l'Etat?*

1° Les biens qu'il entretient pour sa défense ou pour l'usage co mun des citoyens, et qui, à cause de cette destination, ne so point susceptibles de propriété privée. Ces biens forment le *d maine public.* En les mettant hors du commerce, leur destinati les rend par là même *inaliénables* et *imprescriptibles ;*

2° Les biens qui, n'étant destinés ni à sa défense ni à un usa public, sont dans son patrimoine comme dans le patrimoine d' simple particulier; il en perçoit les revenus, qu'il affecte à s besoins. Ces biens forment *son domaine privé.* Leur destination les exclut point du commerce : aussi sont-ils, de même que ce des particuliers, *aliénables* et *prescriptibles* (art. 2226 et 2227 co parés).

Quels biens font partie du *domaine public?*

1425. — Font partie du *domaine public :*

1° Les *chemins, routes et rues,* A LA CHARGE DE L'ÉTAT. — On a pelle routes du domaine public ou *nationales,* les routes *à la char de l'État ;* routes *départementales,* celles qui sont à la charge d *départements ; chemins vicinaux,* ceux qu'entretiennent les co munes, et *chemins particuliers,* ceux qui sont établis pour certain personnes individuellement déterminées, à la charge desquell ils sont ;

2° Les *fleuves et rivières navigables ou flottables.* — Les rivièr sont dites *navigables,* lorsqu'elles ont assez d'eau pour porter d bateaux ; *flottables,* lorsqu'elles ne peuvent porter que des *trai de bois* ou *radeaux.* Les cours d'eau qui ne sont flottables qu

(1) Suivant l'art. 714, « il est des choses qui n'appartiennent à personne dont l'usage est commun à tous. » — Comme le remarque très justeme M. Valette (p. 82), les places de guerre et les forteresses avec toutes leurs d pendances sont dans le *domaine public,* parce qu'on ne peut les concev comme appartenant à des particuliers, et cela quoique les individus ne pui sent en tirer parti pour leur avantage privé, comme ils le font des grands ch mins, des fleuves, des rivages de la mer, etc.

bûches perdues, c'est-à-dire par bûches séparées, non liées entre elles, et abandonnées au courant, ne sont point rangés parmi les rivières flottables. Ces cours d'eau appartiennent aux propriétaires riverains ; l'État n'a sur eux qu'un droit de surveillance ;

3° Les *rivages de la mer.* — On appelle ainsi les terrains que la mer couvre dans ses plus hautes marées, ou, plus généralement, le terrain jusqu'où va son plus grand flot, *quousque maximus fluctus à mari pervenit.*

Les *lais et relais* de la mer sont les portions de terrain qu'elle a insensiblement abandonnées. Notre article 538 les a, par inadvertance, rangés parmi les *biens du domaine public ;* c'est une erreur à rectifier. Ces biens, en effet, ne sont destinés ni à la défense de l'État, ni à l'usage commun des citoyens ; leur destination ne les exclut point du commerce : c'est donc dans le *domaine privé de l'État* qu'il faut les ranger ; Les lais et relais de la mer font-ils partie du domaine public?

4° Les *ports,* les *havres* et enfin les *rades.* — On appelle *havres,* les *ports* qui ne peuvent recevoir que des bâtiments d'une moyenne grandeur ; *rades,* la partie de la mer où les bâtiments mouillent pour attendre le moment favorable d'entrer dans le port ;

5° Les *portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses.*—L'article 541 ajoute qu'*il en est de même* des terrains des fortifications et remparts des places *qui ne sont plus places de guerre.* C'est une nouvelle inexactitude. Ces biens ne font plus partie du *domaine public,* puisqu'ils ont perdu le caractère qui les rendait non susceptibles de propriété privée. Les biens qui servent à la défense de l'État ou qui sont affectés à un service public, passent du domaine *public* dans le *domaine privé de l'État,* dès que leur destination vient à cesser. *Quid,* des terrains des fortifications et remparts des places *qui ne sont plus places de guerre?*

Une troisième inexactitude s'est glissée dans l'article 539, qui classe parmi les biens du *domaine public* les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers. Ces biens font partie du *domaine privé :* car leur destination ne les rend, sous aucun rapport, non susceptibles de propriété privée. Cette erreur a été commise en 1807, lors de la nouvelle édition du Code. L'article originaire attribuait la propriété de ces biens *à la nation ;* le mot *nation* rappelait les souvenirs de la république : on dut le faire disparaître, afin de mettre le Code en harmonie avec le nouvel ordre de choses (voy. le n° 39). La personne qui fut chargée de ce remaniement s'en acquitta fort mal : elle confondit l'*État* avec le *domaine public.* *Quid,* des biens vacants et sans maître? *Quid,* des biens des personnes qui décèdent sans héritiers?

1426. — Font partie du *domaine privé :* Quels biens font partie du *domaine privé,* c'est-à-dire du domaine de l'Etat?

1° Les lais et relais de la mer ;

2° Les biens du domaine public qui ont cessé de l'être ;

3° Les biens vacants et sans maître (art. 713);

4° Ceux des personnes qui sont mortes sans héritiers ou dont les successions ont été abandonnées (art. 768. Voy. le n° 1425, 3° et 5°);

5° Ceux qui ont été donnés ou légués à l'État par des particuliers (1).

Qu'entend-on par biens de la *liste civile?* De quels biens se composait-elle?

1427. — On appelait *biens de la liste civile* ceux qu'une loi attribuait au chef de l'Etat. La liste civile de l'Empereur comprenait :

1° *En toute propriété,* la somme de 25 millions par chaque année;

2° *En jouissance seulement,* les palais, avec leurs parcs, jardins et mobiliers;

3° *Quant au droit de chasse seulement,* les forêts de Versailles, de Fontainebleau, de Compiègne, de Marly et de Saint-Germain (sénatus-consulte du 1er avril 1852).

§ II. *Des biens des communes.*

Art. 542.

Les communes n'ont-elles pas aussi, comme l'Etat, leur *domaine public* et leur *domaine privé?* Combien ont-elles d'espèces de biens? Qu'entend-on par *biens publics communaux?* Par *biens patrimoniaux?* Par *biens communaux?* Quels biens forment le *domaine public* des communes? Quels biens forment leur *domaine privé?* Quelle différence y a-t-il entre ces deux classes de biens?

1428. — Les communes ont aussi leur *domaine public* et leur *domaine privé.*

Elles ont, en effet, trois espèces de biens, savoir:

1° *Les biens publics communaux,* c'est-à-dire les biens qu'elles affectent à un service public, comme les rues, les chemins vicinaux, les églises, les cimetières, la maison commune. Ces biens forment le *domaine public* de la commune. Leur destination les met hors du commerce, ce qui les rend *inaliénables et imprescriptibles* (2);

2° *Les biens patrimoniaux,* c'est-à-dire ceux qui, n'étant point destinés à un service public, sont exploités, loués ou affermés, au profit de la caisse communale, qui en reçoit les revenus ;

3° *Les biens communaux* proprement dits, c'est-à-dire ceux dont la jouissance en nature est laissée aux habitants de la commune : tels sont les pâturages où ils envoient leurs troupeaux, les bois dont les coupes leur sont distribuées;

Les biens *patrimoniaux* et les biens *communaux* proprement dits forment le *domaine privé* de la commune. Leur destination ne les exclut point du commerce: ils sont *aliénables* et *prescriptibles,* comme ceux des particuliers (art. 2227).

Remarquez que les biens qui composent soit le domaine public, soit le domaine privé de la commune, appartiennent, non pas, ainsi que le dit notre article, aux habitants considérés individuellement; mais à la commune elle-même, considérée comme personne morale ou civile.

(1) Les édifices affectés à un service d'utilité générale font-ils partie du domaine public ou du domaine privé de l'Etat? La question est controversée. Voy. MM. Aubry et Rau, t. II, § 169, p. 39, note 9; Val., p. 83 et 84.

(2) La question est controversée en ce qui concerne les églises, les cimetières, la maison commune. Voy. M. Batbie, *Traité de droit public et administratif,* t. V, nos 308 et suiv.

DES DROITS QU'ON PEUT AVOIR SUR LES BIENS.

1429. — Après avoir classé les biens, la loi énumère les droits qu'on peut avoir *sur eux*.

Art. 543.

Les droits établis *sur* les biens sont ceux que nous avons appelés *réels* (*jura in re*), par opposition aux *droits personnels* ou *jura ad rem* (voy. les nos 1334 et suiv.).

Quels droits peut-on avoir sur les biens?

Sous le nom de *biens*, la loi entend évidemment désigner ici les *choses corporelles*. Cependant, les droits étant eux-mêmes des *biens*, ils peuvent être l'objet d'un autre droit (voy. l'art. 588). C'est ainsi qu'on peut avoir un droit d'usufruit sur une rente ou sur un droit d'usufruit. Les droits peuvent donc être établis : 1° sur les choses corporelles; 2° sur les choses incorporelles.

De nombreux droits réels, tels que les fiefs, les locatairies perpétuelles, les champarts, les baux à domaine congéable, les emphytéoses (1), pesaient autrefois sur les biens. La révolution de 1789 affranchit la propriété, en la purgeant des entraves que le droit féodal faisait peser sur elle; elle laissa cependant subsister les rentes foncières et les emphytéoses, qu'elle se contenta de rendre temporaires ou rachetables (2). Le Code a été plus loin. Les seuls droits qu'il reconnaisse sur les biens sont :

Le droit intermédiaire et le Code ont-ils admis tous les droits qu'on pouvait autrefois avoir sur les biens?

1° Le droit de propriété;

2° Les droits de jouissance, c'est-à-dire l'usufruit, l'usage et l'habitation, en un mot, les servitudes personnelles;

3° Les services fonciers ou les servitudes réelles.

Il faut toutefois comprendre dans cette énumération des droits réels :

Quels sont ceux qu'on peut avoir aujourd'hui?

L'énumération qu'en donne l'art. 543 est-elle complète?

Comment divise-t-on les droits réels?

4° Le droit de possession (art. 549 et 550);

5° Les droits de gage (art. 2072), de privilège (art. 2095) et d'hypothèque (art. 2114).

Si la loi ne rappelle pas ici les droits de gage, de privilège et d'hypothèque, c'est qu'elle ne s'occupe dans ce livre que des droits réels *principaux*, c'est-à-dire des droits qui, subsistant *par eux-mêmes* comme la propriété, ont une existence stable et per-

(1) L'emphytéose était un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble cédait à une autre personne, moyennant une redevance annuelle, payable à perpétuité ou pendant un temps déterminé, le droit de jouir de l'immeuble en maître absolu, comme si elle en était propriétaire, sous la seule réserve de ne pas le détériorer. Voy. *Institutes* de Justinien, § 3 *De locat. et conduct.* (III, XXV).

(2) Décrets du 4 août 1789 et du 18 décembre 1790. Dans l'art. 1er du Titre I de ce dernier décret, nous lisons ce qui suit : « Toutes les rentes foncières perpétuelles,... seront rachetables; les champarts le seront pareillement. Il est défendu de plus, à l'avenir, créer aucune redevance foncière non remboursable, — sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous... »

manente. Les droits d'hypothèque, de privilège et de gage sont toujours l'*accessoire* d'une créance dont ils garantissent le paiement : ils ne peuvent pas exister sans elle. Le Code n'en traite que dans le troisième livre.

Quelle différence y a-t-il entre les droits réels *principaux* et les droits réels *accessoires?*

1430. — Entre les droits réels *principaux* et les droits réels *accessoires* la différence est bien marquée. Les premiers ne peuvent pas être anéantis contre le gré de la personne qui les a. Ainsi le propriétaire d'un fonds servant ne peut point, quel que soit le prix qu'il offre, affranchir sa propriété des servitudes qui la grèvent : il les doit subir, tant que le propriétaire du fonds dominant ne consent point à l'en décharger. Il n'en est point de même des droits réels attachés accessoirement à une créance : le débiteur, ayant le droit de se libérer de son obligation en payant ce qu'il doit, a par là même le droit d'éteindre, même contre le gré du créancier, tout à la fois la créance et les droits réels ses accessoires.

— Quant aux rentes foncières, l'article 530 en a fait de purs *droits personnels* (voy. le n° 1405).

Le Code reconnaît-il l'emphytéose comme droit réel ?

Qu'est-ce que l'*emphytéose?*

1431. — Reste l'emphytéose (1). A-t-elle été maintenue comme droit *réel?* N'existe-elle plus, au contraire, qu'à l'état de *droit personnel ?* La jurisprudence et la plupart des auteurs y voient un véritable droit réel, un démembrement du droit de propriété, et, par suite, un droit immobilier susceptible d'être hypothéqué, comme le droit de propriété ou le droit d'usufruit.

M. Valette (*des Hyp.*, t. I[er], p. 191) soutient, au contraire, que l'emphytéose ne constitue qu'un simple bail, d'une durée plus longue que les baux ordinaires, et qu'ainsi l'emphytéote, de même qu'un locataire, n'a plus qu'un *droit personnel.* Le Code ayant, en effet, pris soin d'énumérer les droits réels, cette énumération est essentiellement *limitative :* car tout ce qui touche à l'organisation de la propriété est essentiellement d'ordre public. Si les particuliers pouvaient à leur gré modifier la propriété en la grevant de charges réelles que la loi ne reconnaît pas, on arriverait ainsi, de concessions en concessions, à reconstituer tout le vieux droit féodal. Il ne peut donc y avoir d'autres droits réels que ceux qui sont énumérés dans la loi. Or, l'emphytéose n'est nulle part rappelée dans le Code. Ce n'est pas tout! le droit intermédiaire, qui la reconnaissait comme droit réel, la classait, par une conséquence logique et nécessaire, parmi les biens susceptibles d'hypothèque (art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII) ; or, l'article 2118 du Code, qui reproduit, en la copiant à peu près textuellement, cette énumération des biens qui peuvent être hypothéqués, en retranche l'emphytéose (2).

(1) Nous supposons une emphytéose qui n'est pas établie pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. Dans le cas contraire, l'emphytéote, en réalité, serait propriétaire, et pourrait toujours, par le rachat, se libérer de l'obligation de payer la redevance convenue.

(2) En ce sens, M. Demol., t. I, n[os] 485 et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. II, §§ 224 et 224 *bis*, p. 446 et suiv. —*Contra*, Dem., t. II, n° 378 *bis*, IV et V.

TITRE DEUXIÈME

DE LA PROPRIÉTÉ

1432. — I. Du droit de propriété, de sa nature et de ses attributs. — L'idée de propriété ne se trouverait pas exprimée dans tous les temps, dans toutes les langues et chez tous les peuples, si le droit de propriété n'existait pas. Art. 544.

Les idées que l'universalité des hommes sent, et qu'elle exprime, ont nécessairement leur source dans un besoin et dans une faculté.

Dans l'ordre que Dieu a créé, il n'est pas de besoin qui ne puisse être satisfait, de faculté qui ne puisse se développer.

L'homme sent et exprime l'idée de propriété : c'est vers elle que tendent tous ses efforts, toutes ses aspirations. La propriété est donc pour l'homme, tout à la fois, un besoin et une faculté, c'est-à-dire un droit.

De quels éléments se compose le droit de propriété?

1433. — Deux éléments la composent, l'un d'*attribution* et l'autre d'*exclusion*. C'est une *attribution,* c'est-à-dire une faculté accordée à une personne de retirer d'une chose toute l'utilité qu'elle peut donner. C'est aussi une *exclusion,* c'est-à-dire une obligation imposée à toute autre personne de ne pas toucher aux produits de cette même chose, et de ne rien faire à l'encontre du droit du propriétaire.

Si cette obligation était *purement morale,* si la société n'intervenait pas pour la faire exécuter, la propriété, réduite à l'état de simple droit naturel, ne serait qu'un vain mot : sous le régime de la force individuelle, le droit n'est qu'une pure abstraction.

La propriété ne peut donc exister utilement, efficacement, que dans une société organisée.

Réciproquement, si la propriété individuelle n'existait pas, la société serait elle-même, sinon impossible, au moins si tourmentée et si imparfaite, que l'homme n'y pourrait pas atteindre le but que Dieu lui a assigné.

Comme être matériel, l'homme a pour but sa conservation et son bien-être ; comme être intelligent et libre, il a pour but son perfectionnement par le développement de son intelligence. Or, d'une part, comment sa conservation serait-elle assurée, comment parviendrait-il au bien-être, si, au lieu de pouvoir consommer en paix ou accumuler pour l'avenir les produits de son travail, il était obligé de les défendre à main armée contre la convoitise d'autrui? D'autre part, où serait, en l'absence de l'intérêt individuel, l'attrait du travail? et, sans le travail, comment développer et perfectionner son intelligence? Supprimer l'intérêt individuel ou

la propriété, c'est enlever à la société son véritable point d'appui et la condamner à périr par la langueur du travail et la dissolution des forces qui lui donnent le mouvement.

Si donc la propriété a son fondement dans le droit naturel, dans la constitution même de l'homme, c'est dans le droit civil qu'elle trouve sa garantie, son efficacité, sa réalité. *Propriété* et *société* sont deux idées corrélatives et tellement inséparables qu'on a pu dire avec raison que l'imperfection de l'une est partout la mesure exacte de l'imperfection de l'autre.

1434. — La société n'est autre chose qu'un mutuel échange de services. Elle protège les intérêts particuliers : les individus lui doivent en retour les sacrifices que commande l'intérêt général. La propriété doit donc, comme tout autre droit, comme la liberté elle-même, fléchir devant l'intérêt de la société à laquelle elle doit son inviolabilité. De là ce double principe :

Le droit de propriété n'est-il pas restreint dans certaines limites ?

1435. — 1° Le propriétaire, qui exerce son droit sous la protection des lois, doit se soumettre aux restrictions qu'elles imposent, disait-on déjà en droit romain : il ne peut disposer de sa chose que dans la limite de ce qui n'est pas défendu par la loi, *quatenus juris ratio patitur*. « La propriété, porte également l'article 544, est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu* qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » C'est ainsi qu'on ne peut planter des arbres sur son terrain, ou établir des vues ou fenêtres sur l'héritage de son voisin, qu'à la condition d'observer les distances prescrites par les articles 671, 678 et 679; c'est ainsi encore qu'il est défendu d'établir des ateliers insalubres sans se conformer au décret du 15 octobre 1810, de défricher des bois sans l'autorisation de l'Administration, de vendre des blés pour être coupés en vert, de bâtir sans observer l'alignement.....

Art. 545.

Le propriétaire peut-il être dépouillé de son droit contre sa volonté? Dans quels cas et à quelle condition peut-il l'être?

1436. — 2° Quoiqu'en principe le droit de propriété soit inviolable, le propriétaire peut néanmoins en être dépouillé, lorsque l'intérêt général exige ce sacrifice de sa part. Mais, bien entendu, l'Etat qui s'empare de sa chose lui en doit payer le prix : car il ne serait pas juste que le bien général fût acquis au préjudice exclusif d'un seul. Et, afin de mieux sauvegarder encore ses intérêts, la loi veut, d'une part, qu'il ne puisse être dépouillé qu'après que l'utilité publique qui légitime le sacrifice qu'on lui impose a été légalement constatée; et, d'autre part, qu'on ne puisse se mettre en possession de sa chose qu'après qu'on lui en a payé le prix. Telle est la théorie contenue, en ces termes, dans l'article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Qui prononce l'expropriation? Par qui l'utilité pu-

C'est au tribunal qu'est conféré le droit de prononcer l'expropriation (1); mais il ne peut la prononcer qu'après que la cause

(1) Loi du 3 mai 1841, art. 1, 2, 13 et suiv.

d'utilité publique qui la rend nécessaire a été constatée par une loi ou par un décret (1).

blique, qui la rend nécessaire, est-elle constatée ?

L'indemnité à payer au propriétaire est fixée, soit par une convention amiable entre le propriétaire et l'Administration, soit, à défaut de cette convention, par un jury, sous la direction d'un juge commis par le tribunal (2).

Comment est fixée l'indemnité qui doit être préalablement payée au propriétaire qu'on exproprie ?

1437. — La propriété n'a de limites que celles qui résultent des lois ou des règlements. En dehors des prohibitions légales, le propriétaire peut tout ce qui lui plaît : il use et il dispose de sa chose comme bon lui semble ; il en est le maître absolu. S'il en use mal, s'il tient ses champs en jachère, s'il laisse périr ses bâtiments, s'il détruit, sans profit pour lui-même, des choses qui pourraient être utiles à d'autres, il engage sa conscience devant Dieu, sans engager sa responsabilité devant la loi. C'est un mauvais propriétaire, et, par suite, un mauvais citoyen. Mais, si répréhensibles qu'ils soient en morale, ces actes, ne constituant point *des délits,* ne sont point civilement punissables.

Le propriétaire peut-il, en dehors des prohibitions légales, faire de sa chose tout ce que bon lui semble, même un usage mauvais ?

Cette faculté d'*abuser* n'est pas, au reste, aussi dangereuse qu'elle paraît l'être. L'intérêt même du propriétaire lui sert de contre-poids. La loi, d'ailleurs, ne pouvait pas, sans être tyrannique, porter son attention sur tous les faits particuliers qui constituent l'exercice du droit de propriété. Elle a prévu et puni les abus les plus saillants et les plus dangereux. Quant aux actes moins compromettants pour la société, elle les tolère, par respect de la liberté naturelle, qui finirait par succomber si l'exercice de la propriété était réglé par la loi jusque dans ses plus minutieux détails.

Ne l'accusons donc point! elle règle tout ce qui est sérieusement, réellement dangereux. Qu'un abus se révèle par des actes réitérés, elle n'est pas longtemps sans l'atteindre. C'est ainsi qu'à une époque encore assez récente elle a prononcé des peines contre les propriétaires qui battent outre mesure leurs animaux domestiques (3).

1438. — La propriété est donc le droit le plus absolu que nous puissions avoir sur une chose. Tous les droits réels sont réunis en elle : droit de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité, tout l'agrément qu'elle peut procurer, droit de la transformer en argent en l'aliénant, de la modifier, de la dénaturer, et même de la détruire, et plus généralement droit de la faire servir à tous les usages possibles et non défendus.

Ainsi, la propriété est *la faculté accordée à une personne, à l'exclusion de toute autre, de retirer d'une chose toute l'utilité qu'elle peut*

Comment peut-on définir la propriété ?

(1) Loi du 27 juillet 1870. Joignez les excellentes observations de M. Valette, p. 105 et suiv.

(2) Loi du 3 mai 1841, art. 21 et suiv.

(3) Loi du 2 juillet 1850. — Cette l i, assez souvent appliquée, est due à l'initiative de M. le général de Grammont.

donner et de faire sur elle tous les actes que la loi ne défend pas.

Combien reconnaît-on en elle d'attributs?

1439. — Les jurisconsultes romains ramènent tous ses attributs à trois principaux droits, qu'ils appellent *jus utendi, jus fruendi, jus abutendi.*

Qu'est-ce que le *jus utendi?*

Le *jus utendi,* ou *droit d'usage,* est le droit de se servir de la chose, de l'employer à un usage qui peut se renouveler.

Le *jus fruendi?*

Le *jus fruendi,* ou *droit de jouissance,* est le droit de percevoir les fruits que la chose produit.

Le *jus abutendi?*

Le *jus abutendi,* ou *droit de disposer,* est le droit de faire de la chose un usage *définitif,* qui ne se renouvellera plus, au moins pour la même personne. *Disposer de sa chose,* c'est la transformer, la consommer, la détruire, ou enfin l'aliéner, c'est-à-dire la transmettre à un autre (1).

Qu'est-ce qu'*user* d'une maison ? En *jouir?* En *disposer?*

User d'une maison, c'est l'habiter; en *jouir,* c'est la louer et en percevoir le loyer; en *abuser* ou en *disposer,* c'est la démolir ou l'aliéner. J'*use* d'un tableau, lorsque je l'emploie à orner mon appartement; j'en *jouis,* lorsque je le montre pour de l'argent; j'en *dispose,* lorsque je le détruis ou que je le donne à quelqu'un.

La propriété peut-elle être *démembrée?* Comment l'appelle-t-on quand elle n'est pas démembrée? Quel nom donne-t-on au *jus abutendi,* quand il est seul ? Quel nom au *jus utendi,* quand il est seul ? Quel nom, quand il est réuni au *jus fruendi?*

— Les droits d'*user,* de *jouir* et de *disposer,* peuvent se trouver réunis dans la même personne, ou appartenir séparément à trois personnes différentes, qui ont alors, la première, le droit d'*usage* seulement (*nudus usus*); la seconde, le droit de *jouissance,* sans le droit d'usage; la troisième, le droit de *disposer.* Lorsque les droits d'user, de jouir et de disposer, sont réunis dans la même personne, on dit que la propriété est *pleine;* dans le cas contraire, on dit qu'elle est *démembrée.*

Le droit de disposer conserve toujours la dénomination de *propriété.* Quand il est seul, il prend le nom de *nue-propriété.*

Le droit d'user s'appelle *droit d'usage.*

Lorsqu'il est réuni au droit de jouir, on le nomme *usufruit.* Le droit de jouissance, sans le droit d'usage, conserve le nom de *droit de jouissance.*

Qu'entend le Code par droit de *jouissance?*

1440. — Les rédacteurs du Code, dans la définition qu'ils ont donnée de la propriété, n'indiquent que deux de ses attributs, le droit de *jouissance* et le droit de *disposition.* Il est probable que, sous cette dénomination de droit de *jouissance,* ils ont entendu désigner, non pas le droit de *jouissance* séparé du droit d'*usage,* mais les deux droits réunis. Nous trouverons, il est vrai, un Titre où, après avoir parlé de l'usufruit, c'est-à-dire du droit d'*user* et de *jouir,* ils ont ensuite traité du droit d'*usage;* mais

(1) Le mot *abuti* n'a pas, dans la langue romaine, le sens qu'a dans la nôtre le mot *abuser. Abuser,* c'est, selon la langue française, faire de sa chose un usage déraisonnable, immodéré et condamnable. A Rome, *abuti* était pris par opposition à *uti,* qui signifie se servir d'une chose sans la détruire ni la dénaturer : *abuti* est donc faire de sa chose un usage qui la consomme ou la dénature, ou qui tout au moins la fait passer de notre domaine dans le domaine d'un autre.

nous verrons que ce droit, improprement appelé *usage,* n'est autre chose qu'un *usufruit restreint.*

Faut-il conclure de là que nos lois prohibent le droit d'usage séparé du droit de jouissance, le *nudus usus?* Non. Cette séparation du droit d'usage et du droit de jouissance ne se présentera, il est vrai, que bien rarement dans la pratique; mais enfin elle est possible. Loin que la loi la défende, elle la consacre, sinon formellement, au moins implicitement. Ainsi, le droit d'habitation, c'est-à-dire le droit d'habiter une maison, est un *nudus usus :* car le titulaire de ce droit, ne pouvant pas la louer ni en percevoir les loyers (art. 634), n'en a réellement que l'*usage* sans la *jouissance.* De même, l'usufruit des choses mobilières qui ne sont ni frugifères, ni destinées à être louées (voy. l'explic. de l'art. 595), n'est et ne peut être qu'un pur droit d'usage (1).

Prohibe-t-il le droit d'usage séparé du droit de jouissance, le *nudus usus ?*

1441. — II. De l'accession. — Le propriétaire d'une chose acquiert :

Art. 546.

1° Tous les produits qu'elle donne. Ils étaient à lui alors qu'ils faisaient partie de sa chose; séparés, ils continuent d'être à lui : car le propriétaire d'un tout l'est par cela même de chacune de ses parties;

Quelles choses le propriétaire acquiert-il par *accession ?*

2° Les choses qui, étant unies accessoirement à la sienne, forment avec elle un seul et même tout: *accessorium sequitur principale.*

Cette acquisition, soit des produits, soit des choses accessoirement unies, s'appelle *droit d'accession,* ou plus simplement *accession.*

1442. — On s'est demandé si l'*accession* est, en droit et à proprement parler, un mode particulier d'acquisition, ou si ce n'est en réalité qu'un effet, une extension, du droit de propriété. Plusieurs commentateurs du droit romain, et Pothier en droit français, la considèrent comme une cause légale d'acquisition. D'autres n'y voient, au contraire, que l'exercice ou l'extension du droit de propriété.

L'accession est-elle, à proprement parler, un mode particulier d'acquisition ?

« En effet, disent ces derniers, il est évident que le propriétaire qui sépare les fruits de son fonds *ne les acquiert pas,* puisqu'il les avait déjà avant leur séparation; que si l'on persiste à dire qu'il y a *acquisition,* sous prétexte que les fruits séparés forment, dans le patrimoine du propriétaire, une chose distincte du fonds qui les a produits, il faut alors reconnaître qu'il y a acquisition, non point par *accession* (adjonction d'une chose à une autre), mais par *séparation* ou *désaccession* (2). — Quant aux choses qui s'unissent

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 595.

(2) Marc., sur l'art. 546; MM. Duc., Bonn. et Roust., p. 50; Demol., t. I, nos 572 et s.

« On peut s'expliquer la pensée de la loi, dit M. Valette (p. 114), en supposant que la production des fruits *industriels* est due aux dépenses et aux tra-

accessoirement à une autre chose, il y a réellement *accession;* mais ici encore l'accession ne fait pas acquérir un droit nouveau. La chose accessoire a cessé, il est vrai, d'appartenir à son ancien propriétaire; il est vrai encore qu'elle est entrée dans le patrimoine du propriétaire de la chose principale à laquelle elle accède. Mais elle n'y est point comme une chose distincte de la chose principale. Ainsi, lorsque des arbres ont été plantés dans mon terrain, je n'ai point deux propriétés distinctes, le terrain, puis les arbres; je n'ai qu'une propriété, un terrain planté d'arbres. De même, lorsqu'un ouvrier a peint ma bibliothèque, je n'ai point deux meubles, la bibliothèque, puis la peinture qui la recouvre; je n'en ai qu'un, une bibliothèque peinte. La chose qui accède à la mienne n'existe donc point *per se;* elle s'est fondue en entier dans la chose principale, dont elle n'est qu'une qualité. En droit, elle a cessé d'exister; l'accession en a détruit la substance. Dès lors, il n'est pas possible de dire que je l'ai acquise : on ne peut pas légalement acquérir une chose qui juridiquement est réputée inexistante. »

Cette discussion, au reste, n'offre aucun intérêt pratique. Que l'*accession* soit ou ne soit pas, scientifiquement parlant, une cause légale d'acquisition, peu importe! A tort ou à raison, la question a été résolue par la loi elle-même dans le sens de Pothier : l'accession est, en termes exprès, rangée, par l'article 712, parmi les *modes d'acquérir.*

31e *Répétition.*

CHAPITRE PREMIER. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.

Art. 547 et 548.

A qui appartiennent les fruits d'un fonds ? *Quid*, si les labours, travaux et semences, ont été faits par un tiers?

Les fruits recueillis sur un fonds appartiennent-ils toujours au propriétaire?

Quelles sont les personnes qui, bien qu'elles ne soient pas propriétaires du fonds, acquièrent les fruits qu'elles y recueillent ?

1443. — Les fruits et les produits (1) d'une chose appartiennent au propriétaire par droit d'accession. Ils lui appartiennent alors même qu'ils ont été préparés et recueillis par la main d'un tiers, sauf au propriétaire, bien entendu, à rembourser les frais des labours, travaux et semences, dont il a profité : *qui a le revenu paie la dépense* (voy. toutefois l'art. 585).

1444. — Lorsqu'une personne a la propriété d'un fonds dont une autre a l'usufruit, les fruits appartiennent à l'usufruitier, qui les acquiert par accession, en vertu du démembrement de propriété dont il est investi. Ce cas ne fait point exception à notre règle.

Lorsque le propriétaire, par un contrat de bail, s'est engagé, envers un tiers, à le faire jouir de sa chose, les fruits appartien-

vaux d'un possesseur étranger. Il aurait pu sembler juste que tout possesseur par cela seul qu'il avait travaillé à la production, gagnât les fruits, ou y prît part dans la limite qui serait déterminée. Or, c'est là ce que la loi rejette, en principe. »

(1) Voy., sous les nos 1512 à 1524, la théorie générale de *l'acquisition des fruits.*

nent au fermier qui les a perçus. Mais ici encore il ne faut point voir d'exception à notre principe : car, si le fermier acquiert les fruits qu'il perçoit, c'est que le propriétaire, l'ayant subrogé en son lieu et place, est réputé lui en avoir transféré la propriété au moment même de la perception.

Le principe, au contraire, reçoit une véritable exception lorsque la chose est possédée de bonne foi par un tiers. Dans ce cas, en effet, le *possesseur,* bien qu'étranger à la propriété, et quoique le véritable propriétaire ne l'ait pas mis en son lieu et place, acquiert pour lui, par le seul fait de la perception, les fruits et les produits qu'il recueille pendant la durée de sa bonne foi. — Ce point demande quelques explications. Art. 549.

1445. — La *propriété* et la *possession* ne doivent pas être confondues : l'une, la propriété, est un *droit;* l'autre, la possession, est un *fait.* Or, le *droit* et le *fait,* c'est-à-dire le *droit* et l'*exercice* du droit, peuvent se trouver séparés et en des mains différentes. La personne en laquelle le droit réside est le *propriétaire;* celle qui, sans avoir le droit, l'exerce, est le *possesseur.* Ainsi, on peut être *propriétaire* sans être *possesseur,* et réciproquement. La maison de Paul a été vendue par un tiers à Jacques, auquel elle a été livrée et qui l'habite : Paul, qui est le propriétaire, ne possède point; Jacques, qui a la possession, n'est point propriétaire.

La propriété et la possession ne constituent-elles pas deux droits distincts ?

Peut-on être *propriétaire,* sans être *possesseur,* et réciproquement?

Posséder une chose, c'est l'avoir à sa disposition et sous sa main, c'est faire ou simplement avoir la faculté physique et matérielle de faire sur elle des actes de propriétaire. Cette *puissance de fait* constitue la possession.

La loi tient compte de ce fait : elle y attache des effets fort importants (1), et notamment le droit de faire siens, c'est-à-dire de gagner pour soi, les fruits qu'on retire de la chose possédée.

Toutefois, si celui qui détient reconnaît, par la manière dont il se conduit, ou par la nature du titre en vertu duquel la chose est en son pouvoir, qu'elle appartient à un autre, s'il la détient, en un mot, *tanquam rem alienam,* il possède *naturellement* sans doute; mais, *civilement,* c'est-à-dire quant aux effets que la loi y attache, ce n'est pas lui qui est réputé posséder : le véritable possesseur, le possesseur civil, celui qui a les avantages de la possession, c'est celui au nom et pour le compte duquel il détient. Par exemple, lorsqu'une chose est détenue par un emprunteur ou par un dépositaire, la possession civile appartient, non pas à l'emprunteur ou au dépositaire, mais au prêteur ou au déposant.

Suffit-il de détenir la chose d'autrui pour en être le possesseur

Ainsi, la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la détient ou qui l'exerce en notre nom (voy. l'explic. de l'art. 2228).

Qu'est-ce donc que la *possession ?*

1446. — Le détenteur qui possède civilement, *animo domini,*

Le possesseur ga-

(1) Je les expliquerai, au Titre *de la Prescription,* chap. II, sous cette rubrique : *Des avantages de la possession.*

gne-t-il toujours les fruits? Quelle distinction la loi fait-elle à cet égard ?

ne gagne point toujours les fruits qu'il perçoit. La loi distingue, à cet égard, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

Le premier ne rend, lorsqu'il est évincé, que les fruits qu'il a recueillis depuis qu'il a su ou qu'il a pu savoir que la chose par lui possédée appartenait à un autre. Ceux qu'il a perçus avant cette époque n'entrent point en restitution : il les a gagnés et faits siens.

Le possesseur de bonne foi ne gagne-t-il que les *fruits* ?

Et ce ne sont pas seulement les *fruits* proprement dits qu'il *gagne;* il fait siens tous les *produits,* quels qu'ils soient, qu'il retire de la chose. Ainsi, quoique les arbres provenant d'une futaie non mise en coupes réglées n'aient point le caractère de *fruits* (voy. le n° 1540), le possesseur qui les a coupés de bonne foi n'est pas tenu de les rendre (1).

Quels sont les fruits que le possesseur de mauvaise foi doit rendre quand il est évincé ? Ne doit-il que ceux qu'il a perçus?

Le second, au contraire, ayant été de mauvaise foi *ab initio,* est obligé de rendre au propriétaire qui l'évince tous les produits et tous les fruits qu'il a retirés de la chose. *Tous*..., c'est-à-dire non seulement ceux qu'il a perçus *depuis,* mais encore ceux qu'il a perçus *avant* l'action qui a été dirigée contre lui et à la suite de laquelle il a été évincé. Les auteurs vont plus loin encore : ils l'obligent à restituer, non seulement les fruits qu'il a perçus, *mais encore ceux qu'il a négligé de percevoir !* Le véritable propriétaire, disent-ils, ne doit pas être privé des bénéfices qu'il aurait retirés de sa chose s'il n'avait pas été empêché d'en jouir par le délit du possesseur (2).

Quel est le motif de la différence que la loi établit entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi?

1447. — Quant au motif de la différence que la loi établit entre le possesseur de bonne et le possesseur de mauvaise foi, tout le monde le sait. Le possesseur de bonne foi, qui considère comme siens les fruits qu'il perçoit, les capitalise rarement : car, en général, on monte sa maison eu égard à ses revenus, et, plus les revenus sont élevés, plus grande est la dépense. Si donc il fallait que le possesseur rendît, après plusieurs années de possession, la masse énorme de fruits qu'il a perçus, cette restitution dévorerait sa propre fortune ; elle serait pour lui une cause de ruine.

Le possesseur de mauvaise foi n'est pas dans la même condition. Il sait qu'il aura peut-être une restitution à faire : c'est à lui, par conséquent, à se mettre en mesure de la faire sans dommage pour lui-même.

Le possesseur de bonne foi doit-il rendre les fruits qu'il *n'a pas consommés?*

1448. — Cette explication pourrait faire croire que le possesseur de bonne foi est obligé de rendre avec la chose tous les fruits qu'il en a retirés et *qu'il n'a pas consommés.* C'est, en effet, ce qu'on décidait en droit romain. Mais la loi française n'a pas admis cette distinction : le possesseur de bonne foi gagne tous les fruits

(1) En ce sens, Marc., t. II, sur l'art. 549, n° 2. — *Contra,* MM. Demol., t. I, n° 622; Aubry et Rau, t. II, § 206, p. 276 et 277, note 33; Laurent, t. VI, n° 205; Val., p. 123.

(2) MM. Demol., t. I, n° 586; Laurent, t. VI, n° 230.

ar le seul fait de leur perception. On a pensé sans doute que la istinction à faire entre les fruits encore existants et les fruits conommés soulèverait des questions de fait qui deviendraient une ource interminable de procès.

1449. — Je viens de dire la faveur attachée à la possession de onne foi. Reste un point à examiner : qu'est-ce que *la bonne foi?* Art. 550.

Dans un sens absolu, la bonne foi est la croyance qu'a le possesseur qu'il est réellement propriétaire. Peu importe d'où procède on erreur : dès qu'il se croit propriétaire, il est de bonne foi. Qu'est-ce que la *bonne foi ?*

Mais sa bonne foi peut être déraisonnable, ridicule, le résultat 'une grossière erreur. La loi alors n'en tient pas compte : elle n'a oint de faveur pour ceux qui, pouvant facilement prévenir l'ereur dans laquelle ils sont tombés, n'ont pas su l'éviter. Leur onne foi est une *faute*, ils n'en doivent point bénéficier. Toute espèce d'erreur peut-elle fonder la bonne foi ?

La bonne foi du possesseur ne lui profite donc que lorsqu'elle st née d'une erreur légitime, c'est-à-dire raisonnable et plauble.

Ainsi, la faveur de la loi est attachée, non pas à une erreur uelconque, mais à une *juste erreur : bona fides nihil aliud est uam* JUSTA *opinio quæsiti dominii.*

La croyance du possesseur qui se croit propriétaire est *juste* ou *gitime* lorsqu'il possède « en vertu d'un *titre translatif de proriété* dont il ignore les vices » (art. 550). Quand l'erreur du possesseur est-elle juste et légitime ?

« *Titre...* » Ce n'est pas, ainsi qu'on pourrait le croire, l'*acte* ou *écrit* (sous seing privé ou authentique) qui constate le fait en ertu ou à la suite duquel le possesseur a reçu la chose qu'il déent ; c'est ce fait lui-même, c'est-à-dire la cause de la possesion : *titulus est radix et fundamentum juris prætensi.* Ainsi, le tre de la possession, c'est, pour un acheteur, non pas l'*écrit* qui onstate le contrat de vente, mais la vente elle-même. Quel est ici le sens du mot *titre ?*

« *Translatif de propriété...*, » c'est-à-dire qui eût été réellement anslatif de propriété, s'il eût été valable, comme, par exemple, ne *vente,* une *donation,* un *legs.* Un *bail*, au contraire, un *dépôt,* e sont point des titres translatifs de propriété : car ils n'ont point et effet, alors même qu'ils sont exempts de vices. Comment faut-il traduire ces mots : titre *translatif* de propriété ?

« *Les vices...*, » c'est-à-dire les causes qui ont empêché le titre n vertu duquel le possesseur détient la chose d'être translatif de ropriété. Ces causes peuvent être, soit le défaut de *propriété* ou e *capacité d'aliéner* chez l'auteur (celui duquel on tient la chose, ar exemple, le vendeur, le donateur, le testateur), soit une *nullité e forme.* Quels vices ont pu empêcher la translation de la propriété ?

1450. — En matière de prescription par dix ou vingt ans (voy. explic. de l'art. 2265), ces deux vices ne sont point mis sur la nême ligne : l'ignorance d'une *nullité de forme* ou des effets qui n résultent ne constitue point une *juste erreur;* la loi n'en tient as compte (art. 2267). Ainsi, la donation faite par un propriétaire, t par un propriétaire capable d'aliéner, ne constitue point un cte translatif de propriété, lorsqu'elle n'a pas été faite par acte L'ignorance d'une *nullité de forme* constitue-t-elle une *juste erreur* à l'effet d'acquérir la propriété par la prescription de dix ou vingt ans ? *Quid*, à l'effet d'acquérir les fruits?

devant notaire : car, étant nulle aux yeux de la loi (art. 931), e
ne peut produire aucun effet.

La loi est moins sévère quant à l'acquisition des fruits. La règ
qu'elle pose est générale : le possesseur est de bonne foi, du m
ment qu'il a ignoré les *vices, quels qu'ils soient,* qui ont enlevé
titre de sa possession l'effet translatif qu'aurait eu ce titre s
n'eût pas été vicieux (1).

A quel moment faut-il considérer la bonne foi, quant à l'acquisition des fruits?

1451. — Sous un autre rapport, la prescription par dix ou vin
ans est plus favorisée que l'acquisition des fruits.

L'acquisition des fruits a pour fondement, non pas préciséme
la possession de la chose qui les a produits, mais la *perceptio*
chaque acquisition de fruits a donc pour cause la perception qu'
a faite le possesseur. Dès lors, il est naturel que chacune de c
causes soit appréciée séparément et indépendamment des fa
antérieurs ou postérieurs à la perception. De là cette cons

(1) MM. Dur., t. IV, n° 352; Marc., sur l'art. 550; Demol., t. I, n° 608; Der
t. II, n° 385 *bis*, IV; Aubry et Rau, t. II, § 205, p. 269, note 11. — *Cont*
M. Laurent, t. VI, n° 211.

— On s'est demandé si le titre *putatif*, c'est-à-dire, en d'autres termes,
l'opinion où l'on est qu'on possède en vertu d'un titre *qui, en réalité, n'exi*
pas, peut suppléer le juste titre et en tenir lieu.

Le droit romain distinguait. Si l'erreur du possesseur qui croyait avoir
titre, et qui en fait n'en avait pas, était légitime, si elle avait été détermi
par des circonstances telles que toute autre personne à sa place, fût-elle ex
rimentée et attentive, se fût trompée comme lui, ces circonstances remplaçai
le juste titre qui manquait et en tenaient lieu. Dans le cas contraire, on
tenait aucun compte de son erreur (M. Demangeat, *Cours élém. de droit roma*
t. I, p. 578 de la 3[e] édition).

Les auteurs français appliquent ce système à l'acquisition des fruits.
distinction romaine leur paraît équitable, et on ne trouve rien dans le Co
qui puisse faire croire qu'elle a été abandonnée. La loi, ajoute-t-on, a vou
que le possesseur ne fût pas victime de sa bonne foi, et qu'après avoir dépen
les revenus *lautiùs vivendo,* il ne se trouvât pas tout à coup ruiné par l'acc
mulation des valeurs qu'il aurait à rendre. Or, ce motif existe dans toute
force, quelle que soit la nature de la cause qui, en induisant le possesseur
erreur, l'a constitué en état de bonne foi. — Dans ce système, le juste tit
peut être défini : tout fait quelconque qui est de nature à faire croire à u
personne attentive que la chose qu'elle possède lui appartient réelleme
(MM. Duc., Bonn. et Roust., t. II, n° 100; Demol., t. I, n° 602; Dem., t. I
n° 385 *bis*, IV; Aubry et Rau, t. II, § 206, p. 270 et 271; Val., p. 124 et suiv.

Quelques personnes appliquent cette théorie à la prescription par dix o
vingt ans; d'autres (notamment MM. Aubry et Rau) la restreignent à l'acquis
tion des fruits. — Dans un troisième système (enseigné par M. Laurent, t. V
n° 209, et t. XXXII, n° 399), on ne l'applique ni dans l'un ni dans l'autre ca
La loi, dit-on, a défini *la bonne foi,* et toute définition légale est obligatoi
pour le juge, qui ne peut pas, qui ne doit pas, la transformer en une pure que
tion de fait. Or, que porte la loi ? que le possesseur est de bonne foi « lorsqu'
possède comme propriétaire, *en vertu d'un titre translatif de propriété* dont
ignore les vices ». Que nous dit-on dans le système qu'on nous propose ? qu
le possesseur de bonne foi est celui qui possède en vertu d'un juste titre don
il ignore les vices, *ou qui croit* posséder en vertu d'un juste titre qui, dans l
réalité, n'existe pas! Y a-t-il la moindre ressemblance entre cette définitio
des interprètes et celle de la loi?

Voy., dans notre t. III, l'explic. des art. 2265 à 2267.

ience : le possesseur qui a été de bonne foi dans le principe, est-à-dire qui a ignoré les vices du titre translatif en vertu duuel il possède, cesse de gagner les fruits dès que cesse sa bonne i, c'est-à-dire aussitôt qu'il vient à découvrir les vices de son tre.

Il en est différemment en matière de prescription. L'acquisition e la propriété par la prescription est un effet direct de la possesson : c'est donc la possession dans son principe, à son origine, ui seule doit être envisagée et appréciée. D'où cette règle, conacrée par l'article 2269 : il suffit, pour l'acquisition de la propriété ar dix ou vingt ans, que la bonne foi ait existé au commencement e la possession : *mala fides superveniens non impedit usucapioem* (1).

A quel moment faut-il la considérer quant à la prescription par dix ou vingt ans ?

1452. — Ainsi, en matière d'acquisition de fruits, on s'attache, our régler la question de bonne foi, à l'actualité de chaque per-

(1) Cette différence entre l'acquisition des fruits et la prescription par dix ou ngt ans n'est pas aussi rationnelle qu'elle paraît l'être.

Les fruits étant acquis *successivement*, par des faits de perception séparés et dépendants les uns des autres, c'est, dit-on, au moment de la perception et our chaque perception en particulier que la bonne foi est requise. L'acquision de la propriété n'ayant, au contraire, qu'une *cause unique*, la possession, suffit que cette cause ait été légitime dans son principe pour qu'elle produise effet que la loi y a attaché.

Mais, peut-on répondre, l'acquisition de la propriété par la prescription de x ou vingt ans a pour fondement, non pas le fait simple de la possession, ais la possession *continuée* pendant le temps fixé pour la prescription; or, la cause de l'acquisition de la propriété est *successive*, pourquoi la loi exige-t-elle point qu'elle soit légitime *à tous ses instants ?*

S'il suffit, pour la prescription de dix ou vingt ans, que le possesseur ait é de bonne foi *ab initio*, ce n'est pas évidemment par la raison que j'ai apportée. Une autre considération a déterminé le législateur. Le possesseur ui a été de bonne foi dès le principe, qui s'est habitué à considérer comme en l'immeuble par lui possédé, et qui vient à découvrir que cet immeuble e lui appartient pas, ne commet pas une grande faute, lorsqu'au lieu d'en ire immédiatement la restitution, il continue de le posséder. Sa possession 'est plus, sans doute, aussi légitime que par le passé; mais le vice qui l'incte actuellement n'est pas assez essentiel pour la faire mettre sur la même gne que celle qui a été viciée à son origine même. Autre chose est, en effet, cevoir ou prendre sciemment le bien d'autrui, autre chose est ne pas le endre, lorsqu'après l'avoir reçu loyalement, et l'avoir longtemps considéré omme sien, on vient à découvrir son erreur. Dans le premier cas, un acte de éloyauté, un délit a été commis. Dans le second, il y a un acte qui, aux eux de la pure morale, est blâmable; mais, à proprement parler, ce n'est pas n acte de déloyauté, un délit : c'est une *pure faiblesse*, que la loi excuse, parce ue la plupart des hommes la commettent. De là le principe que la prescripon commencée n'est pas empêchée par la circonstance que le possesseur est enu à découvrir que l'immeuble qu'il considérait comme sien est à un autre.

Or, si cette faiblesse du possesseur qui, après avoir découvert son erreur, e restitue point l'immeuble dont il s'est cru jusqu'alors le légitime propriéaire, *est excusable quant à la prescription*, à bien plus forte raison devraitlle l'être *quant à l'acquisition des fruits!* Comment, en effet, comprendre que elui que la loi protège au point de lui permettre l'acquisition de la *chose rincipale* soit ensuite traité si sévèrement qu'il ne puisse pas acquérir les *ccessoires* qu'il en retire?

ception : peu importe le passé. Pour la prescription, au contrair c'est uniquement le commencement de la possession que l'c considère : le passé décide de tout.

De là cette double conséquence :

Celui qui a été de bonne foi dans le principe et qui a cessé de l'être, continue-t-il de prescrire par dix ou vingt ans ?

Continue-t-il de gagner les fruits ?

Quid, pourtant, si la prescription s'accomplit à son profit ?

Se peut-il qu'un possesseur ne puisse pas prescrire par dix ou vingt ans, et qu'il puisse cependant faire siens les fruits qu'il perçoit

1453. — 1° Le possesseur qui a été de bonne foi dans le prir cipe et qui a cessé de l'être, continue de prescrire par dix c vingt ans, tandis qu'il cesse de faire siens les fruits qu'il perçoi — Toutefois, s'il arrive à prescription, tous les fruits par l perçus lui resteront : car, la prescription accomplie ayant un eff rétroactif au jour de la possession, le possesseur est réputé avo été, dès ce jour, le légitime propriétaire du bien qu'il a prescri

1454. — 2° A l'inverse, il se peut qu'un possesseur ne puiss pas prescrire par dix ou vingt ans, bien qu'il fasse siens les frui qu'il perçoit ; c'est ce qui arrive lorsqu'ayant été de mauvaise f *ab initio,* sa mauvaise foi a cessé pendant le cours de sa posses sion. Il faut pour cela supposer que le possesseur de mauvaise f est mort laissant un héritier qui est de bonne foi. Celui-ci n pourra point prescrire par dix ou vingt ans, puisque la possessio qui lui a été transmise a été viciée dans son principe, ce qui suff pour apporter à cette courte prescription un obstacle permanen Il gagnera, au contraire, les fruits qu'il percevra : car, en ce qu touche l'acquisition des fruits, c'est le moment présent, et non l passé, que l'on considère (1).

(1) Delv., sur l'art. 550; Dur., t. IV, n° 357; Marc., sur l'art. 550; Duc Bonn. et Roust., sur l'art. 550; Demol., t. I, n°s 612 et s.; Dem., t. I n° 385 *bis*, VIII; Aubry et Rau, t. II, § 206, p. 271 et 272, note 20; Lauren t. VI, n° 221; Val., p. 131.

Cette solution, bien qu'universellement admise, peut, ce me semble, êtr critiquée. Elle peut, en effet, conduire, dans certains cas au moins, à de résultats aussi peu rationnels qu'injustes. Si, par exemple, mon troupeau m' été volé, si j'ai été violemment dépouillé de mon immeuble, et que le voleu de mon troupeau, ou le ravisseur de mon immeuble, meure en laissant un héri tier qui ignore le vol et le rapt, cet héritier gardera-t-il les fruits qu'il retirer du bien dont j'ai été si injustement dépouillé ? Pourquoi le crime qu'a commi son parent aurait-il pour effet de l'enrichir à mes dépens? Est-ce que le défun n'était pas obligé de m'indemniser de la perte qui pouvait résulter pour mo du délit qu'il a commis à mon préjudice (art. 1382)? La perte des fruits, qu j'ai, par sa faute, manqué de percevoir, entre évidemment dans la réparatio qu'il me devait. Cette obligation ne s'est pas éteinte avec lui; il l'a transmise avec sa possession, à l'héritier qui a pris sa place. Or, comment cet héritie peut-il acquérir des choses dont l'acquisition le rendrait envers moi passibl de dommages et intérêts? Ce résultat serait contraire au principe reçu *quem d evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio!*

Si j'avais plus d'autorité dans la science, je proposerais sur ce point une distinction. Je dirais : Le possesseur a-t-il été de mauvaise foi *ab initio* : sa possession est un délit qui l'oblige à réparer tout le dommage que le propriétaire éprouvera par suite de la privation de sa chose, et, par conséquent, à lui restituer tous les fruits qu'il aurait pu en retirer, si elle ne lui eût pas été ravie. Son héritier succède à son obligation : donc...

A-t-il été de bonne foi d'abord, n'est-ce que pendant le cours de sa possession qu'il a découvert les vices du titre en vertu duquel il possédait : sa possession ne constitue point un *délit;* s'il ne gagne plus les fruits, c'est que la

CHAPITRE II. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore a la chose.

Art. 551.

1455. — Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.

A qui appartiennen les choses qui s'unissent et s'incorporent à une autre chose ?

Section première. — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

1456. — L'accession est dite *industrielle* ou *naturelle,* suivant qu'elle a lieu par ou sans le fait de l'homme.

Combien distingue-t-on d'espèces d'accessions ?

La première est relative aux *constructions, plantations* et *autres ouvrages* faits dessus ou dessous le sol.

La seconde a trait aux accroissements résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière, et aux animaux sauvages qui, en se fixant sur un fonds, en deviennent l'accessoire.

I. — *De l'accession relative aux constructions, plantations et autres ouvrages.*

1457. — La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Art. 552, et 553, dernière phrase.

Le propriétaire peut donc :

Quelles sont les conséquences de la propriété du sol ?

Que peut donc faire le propriétaire du sol ?

Faire, au-dessus, toutes les constructions ou plantations qu'il juge à propos;

Faire, au-dessous, toutes les constructions et fouilles qu'il lui plaît de faire, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent founir, — sauf, dans l'un et l'autre cas, les exceptions établies au Titre *des servitudes* (art. 671, 674, 678, 679), ou qui peuvent résulter des lois ou des règlements administratifs.

Ainsi, la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous n'est pas essentielle; elle forme le droit commun de la propriété, mais elle souffre des exceptions. Le propriétaire du sol peut donc n'être pas propriétaire *du dessus :* nous verrons, en effet, lorsque nous expliquerons l'article 664, qu'une maison peut appartenir, comme superficie, à une autre personne qu'au propriétaire du sol. Il se peut même qu'il ne soit pas propriétaire *du dessous :* car la cave ou le souterrain de sa maison peut appartenir à un tiers, qui a pu l'acquérir par prescription (voy l'explic. de l'art. 2229) ou autrement (art. 553).

La règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ne souffre-t-elle point des exceptions ou des tempéraments ?

loi suppose qu'étant averti du danger d'éviction qui le menace, il les a capitalisés pour être en mesure de les rendre; or, cette raison n'existe plus à l'égard de son héritier, qui les a perçus et consommés peut-être dans l'ignorance des vices de sa possession.

Art. 553.

Par qui, aux frais de qui, et avec quels matériaux, sont réputés faits les constructions, plantations et autres ouvrages, faits sur un terrain ?

Cette présomption peut-elle être détruite par la preuve contraire?

1458. — Il est bien rare qu'une construction ou une plantation... soit faite par un tiers, sur le terrain d'autrui et en violation du droit du propriétaire; or, la loi tient toujours pour constants, jusqu'à preuve du contraire, les faits les plus habituels. De là, deux présomptions en faveur du propriétaire :

1° Les constructions, plantations et autres ouvrages, faits sur son terrain ou dans l'intérieur, sont réputés avoir été faits par lui;

2° Il est réputé les avoir faits avec ses matériaux et à ses frais.

Ces présomptions le dispensent de toute preuve; mais elles peuvent être combattues et détruites par des preuves contraires.

Ainsi, il peut être établi :

1° Que les matériaux qu'il a employés dans sa construction, que les arbres qu'il a placés dans son terrain, appartenaient à autrui;

2° Que les constructions ou plantations ont été faites par un autre que le propriétaire du sol.

Deux cas sont donc à régler : le cas où le propriétaire du sol a bâti, ou fait des plantations, avec les matériaux ou avec les plantes d'autrui, et celui où le propriétaire des matériaux ou des plantes a fait des constructions ou des plantations sur un terrain qui ne lui appartient pas. Étudions successivement les deux cas.

Art. 554.

Quid, dans le cas où le propriétaire a fait, sur son terrain, des constructions ou plantations avec les matériaux ou avec les plantes d'autrui ?

1459. — PREMIER CAS. — *Un propriétaire a fait, sur son terrain, des constructions ou plantations avec les matériaux ou avec les plantes d'autrui.* — Le propriétaire des matériaux employés (ou des arbres plantés) a cessé d'en avoir la propriété. Leur incorporation au sol constitue, en effet, une *accession*, et l'accession est un mode d'*acquérir* (voy. le n° 1442) : c'est donc au propriétaire du sol qu'ils appartiennent désormais. Ils n'existent plus, d'ailleurs, à l'état de matériaux; leur substance est civilement détruite : elle a disparu dans le bâtiment, qui lui-même n'est qu'une partie du sol.

Ainsi, leur ancien propriétaire ne peut les revendiquer directement, puisqu'ils n'existent plus, ni demander que l'accession soit détruite, afin de pouvoir les revendiquer après qu'ils auront été ramenés à leur état primitif. Tout ce qui lui est permis, c'est de demander le paiement de leur valeur, et, s'il y a lieu, d'autres dommages et intérêts. De cette manière personne ne souffre : le propriétaire du sol garde le bâtiment qu'il a construit; l'ancien propriétaire des matériaux reçoit une somme d'argent, avec laquelle il remplace par de nouveaux matériaux ceux qu'il n'a plus. Si leur perte lui a causé un préjudice, si, par exemple, il a été empêché de terminer en temps utile des réparations qu'il avait entreprises pour son compte, et qu'il ait éprouvé, par suite de ce retard, quelque dommage, on l'indemnise. Que peut-il exiger de plus ? Dans quel but demanderait-il la destruction du bâtiment? il n'en retirerait aucun profit, et elle serait ruineuse pour le propriétaire, qui se trouverait avoir en moins, et sans aucune compensation, ce qu'il a dépensé pour construire et ce qu'il lui faudrait dépenser pour démolir.

1460. — Une question a été soulevée : si, alors que l'indemnité est encore due, le bâtiment est démoli, soit par accident, soit par le fait du constructeur, l'ancien propriétaire des matériaux peut-il les revendiquer? L'affirmative est soutenue. Le constructeur qui s'est servi des matériaux d'autrui n'en a point, dit-on, acquis la propriété : si la personne qui en est propriétaire ne peut pas les revendiquer, c'est uniquement parce qu'ils n'existent plus comme matériaux; or, lorsque l'accession qui en a détruit la substance est elle-même détruite, les matériaux étant ramenés à leur état primitif, rien ne fait plus obstacle à la revendication : *cessante causa cessat effectus* (1).

Si, alors que l'indemnité est encore due, le bâtiment est démoli par accident ou par le fait du constructeur, l'ancien propriétaire des matériaux peut-il les revendiquer ?

Cette solution pouvait être donnée en droit romain, où il était le principe que *l'accession n'est point une manière d'acquérir la propriété*. Mais, à notre sens, il ne saurait en être de même sous l'empire de notre Code et en présence de l'article 712, qui fait de l'accession un mode *légal d'acquisition*. L'acquisition qu'elle procure, n'étant subordonnée à aucune condition résolutoire, est nécessairement *définitive* (2).

1461. — Le Code s'est encore écarté du droit romain sous un autre rapport. Lorsqu'un propriétaire avait planté dans son terrain la plante d'autrui, l'accession n'avait lieu qu'à partir du moment où la plante avait poussé ses racines dans le sol (3). De là une incertitude dans la propriété : car, à moins d'arracher la plante, il était fort difficile de s'assurer si le lien naturel d'adhérence qui devait l'unir au sol s'était ou non formé. Le Code s'est affranchi de cette difficulté : l'accession a lieu aujourd'hui par le fait seul de la plantation. La règle qui régit les constructions régit, en effet, les plantations; et quant aux matériaux, le fait seul de leur emploi en opère l'accession.

Si les arbres plantés n'ont pas encore pris racine, l'accession a-t-elle lieu par le fait seul de leur plantation ?

1462. — Deuxième cas. — *Un tiers a construit* avec ses matériaux (ou fait des plantations avec ses arbres) *sur le sol d'autrui*. — Le principe *quod solo inædificatur solo cedit* reçoit ici son application, comme dans le cas précédent. La construction appartient donc au propriétaire du sol. Mais sera-t-il obligé de la garder et d'en payer le prix? Et, s'il y est obligé, quel sera le *quantum* de l'indemnité à payer? L'article 555 résout l'une et l'autre question par une distinction. Le constructeur a-t-il été de mauvaise ou de bonne foi? Tout dépend de là (voy. la *Form.* 192).

Art. 555.

Quid, lorsqu'un tiers a construit avec ses matériaux sur le terrain d'autrui ?

A qui appartient la construction ?

Le propriétaire du terrain est-il obligé de la garder et d'en payer le prix ?

Et, s'il y est obligé, quel est le *quantum* de l'indemnité à payer ?

1463. — I. *Le constructeur a été de mauvaise foi; il a su que le terrain sur lequel il bâtissait ne lui appartenait pas.* — Ce serait blesser la justice que d'imposer au propriétaire l'obligation de conserver *à ses frais* des constructions qui n'entrent pas dans ses

(1) Dem., t. II, nos 391 et 391 *bis*, I; Marc., sur l'art. 554; M. Demol., t. I, 661.
(2) MM. Dur., t. IV, n° 374; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 554; Laurent VI, n° 260.
(3) Inst. de Just., § 31 *De divis. rer.*

vues. Ce serait la blesser encore que de lui permettre de les garder sans rien payer. La loi a su concilier ces deux idées.

1° Le propriétaire, n'ayant point participé aux construction qui ont été faites, n'est pas obligé de les garder : il peut don exiger qu'elles soient détruites et que son terrain lui soit restitu dans son état primitif. — La destruction du bâtiment et le rétablissement du terrain dans son premier état se font alors aux dépens du constructeur, et sans aucune indemnité pour lui : il per ce qu'il a dépensé pour construire, ce qu'il a dépensé pour démo lir, et, en outre, ce que valent en moins ses matériaux dépréciés Il peut même être condamné à des dommages-intérêts envers l propriétaire, dont le fonds a pu être dégradé par les démolition qui ont été faites. Tout cela est fort dur, sans doute ; mais à qu titre se plaindrait-il ? Il ne fait que subir la peine de son délit !

2° Le propriétaire peut, s'il le préfère, garder pour lui le travaux qui ont été faits sur son terrain. — S'il les garde, il le approuve par là même : dès lors il est censé les avoir comman dés lui-même, ce qui entraîne pour lui l'obligation de payer *tou ce qu'ils ont coûté*. Si donc la dépense est de 100, tandis que l plus-value n'est que de 80, ce n'est pas seulement la plus-valu ou 80 qu'il devra payer; il payera 100, *toute la dépense*.

1464. — II. *Le constructeur a été de bonne foi, il a cru construi sur son propre terrain.*— Permettre au propriétaire d'exiger, dan ce cas, la destruction des travaux et la restitution de son terrai dans son état primitif, ce serait traiter le constructeur de bonn foi avec autant de rigueur que le constructeur de mauvaise fo et, par conséquent, punir l'*erreur* à l'égal d'un *délit*, ce qui sera contraire à toute justice. Forcer le propriétaire à payer, *même a delà du profit qu'il en retire*, ce qu'ont coûté les constructio qu'on lui impose, ce serait, contre toute justice, le constituer e perte. De là la double décision de la loi :

1° Le constructeur ne peut point être forcé de démolir : il rec vra donc toujours une indemnité.

2° Comme ce n'est plus par sa volonté, mais par celle de la l que le propriétaire du sol garde les constructions, tout ce qu' exige de lui, c'est qu'en les retenant il ne s'enrichisse pas aux d pens du constructeur. Ainsi, il peut, à son choix, payer ou la d pense ou la plus-value qu'elle a produite. Soient une dépense 80 et une plus-value de 100 : il ne sera tenu de payer que 80 se lement (la dépense). Il gagnera 20 ; mais il ne gagnera rien a dépens du constructeur, qui sera rendu complètement indemn Soient, à l'inverse, une dépense de 100 et une plus-value de 8 le constructeur ne recevra que 80 (la plus-value). Il perdra 2 mais la perte qu'il subira ne profitera point au propriétaire, q paiera tout ce dont il se trouvera enrichi (1).

(1) Selon notre ancienne jurisprudence, le possesseur de bonne ou de ma vaise foi, qui avait été condamné à délaisser un immeuble sur lequel il av

1465. — Ce règlement de l'indemnité à payer au constructeur [d]e bonne foi présente, au premier abord, une anomalie singu[l]ère : il semble, en effet, que la loi place celui qui a construit de [b]onne foi dans une condition inférieure à celle du constructeur [d]e mauvaise foi. Soient une dépense de 100 et une plus-value [d]e 80 : combien le constructeur recevra-t-il ? toute sa dépense, ou [1]00, s'il est de mauvaise foi ; la plus-value seulement, ou 80, s'il [e]st de bonne foi.

Ne semble-t-il pas que le possesseur de mauvaise foi soit, sous un certain rapport, mieux traité que le possesseur de bonne foi ?

Le possesseur de mauvaise foi est donc mieux traité que le possesseur de bonne foi !

Cela me semble évident, si l'on raisonne en pure théorie, et si [l]'on se place dans l'hypothèse où le maître du sol, satisfait des [t]ravaux qui y ont été faits, ne demande pas mieux que de les [g]arder en les payant. Dans ce cas et en pur droit, le possesseur [d]e mauvaise foi est évidemment mieux traité que le possesseur de [b]onne foi. Mais, *en fait,* il n'en est rien. Le propriétaire peut, en [e]ffet, trouver, dans le droit qu'il a d'exiger du constructeur de [m]auvaise foi qu'il détruise ses travaux, un moyen de l'amener à [c]omposition. « Vos travaux, dira-t-il, vous ont coûté 100 ; [m]ais quelle plus-value ont-ils produite ? 80 seulement. Voulez-[v]ous 80 ? je suis prêt à vous les payer. Sinon, démolissez, et in[d]emnisez-moi de tout le dommage que vous m'aurez causé. » En [p]résence de cette menace, le constructeur ne refusera évidemment [p]as la transaction qui lui est offerte.

Quel moyen le propriétaire a-t-il de se soustraire à cette conséquence ?

Ne peut-il pas, d'ailleurs, traiter le constructeur comme un possesseur *de bonne foi ?*

Le peut-il toujours

Il semble même, au premier abord, que le propriétaire n'a pas [b]esoin de recourir à cette menace de démolition pour le forcer à [s]e contenter de la plus-value. Ne peut-il pas, en effet, lui dire : [«] C'est *de bonne foi* que vous avez possédé et construit ; or, le pos[s]esseur *de bonne foi* ne peut rien exiger au delà de la plus-value ? » [L]e constructeur se plaindra-t-il alors du titre d'honnête homme [q]u'on lui donne ? Invoquera-t-il sa mauvaise foi ? mais son délit ne [s]aurait être pour lui la source d'un droit : *Nemo auditur turpitu[d]inem suam allegans !*

1466. — Les choses pourront, en effet, se passer ainsi, toutes [l]es fois que le propriétaire n'aura pas, *sur un autre point,* soulevé [e]t fait juger la question de bonne ou de mauvaise foi du construc[t]eur. Mais supposez qu'il ait, dans son action en revendication, con[c]lu à la restitution des fruits, et que, pour l'obtenir, il ait établi [l]a mauvaise foi du possesseur qui les a perçus ; supposez encore que le possesseur ait invoqué *sa bonne foi* à l'effet de se prévaloir d'une prescription de dix ou vingt ans, et que le proprié-

fait des dépenses de conservation ou d'amélioration, ne pouvait être contraint à le délaisser tant qu'il n'avait pas été intégralement remboursé de ses impenses. Cette faculté qu'il avait de retenir l'immeuble jusqu'à parfait paiement de ses impenses s'appelait *droit de rétention.* — Ce droit existe-t-il encore aujourd'hui? L'affirmative est généralement admise. Je l'ai combattue dans mon *Examen critique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges,* 2ᵉ partie, nº 231. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. III, § 256 *bis,* p. 117, note 13.

taire ait fait écarter cette courte prescription en prouvant l mauvaise foi du possesseur : dans l'un et l'autre cas, le proprié taire ne pourra point, quand viendra la question de l'indemnit à payer pour les travaux qui ont été faits et qu'il tient à garder le traiter comme un possesseur de bonne foi. Il faudra qu'il l traite avec la qualité qu'il lui a donnée au procès : la loi ne lu permet point de changer les faits et d'altérer la vérité au gré d son intérêt. C'est alors, mais alors seulement, qu'il est obligé, s'i ne veut payer que la plus-value résultant des travaux qu'il tient garder, d'user, pour amener le constructeur à composition, d droit que lui confère la loi d'exiger la destruction des travaux.

1467. — Terminons par quelques observations.

Le constructeur de bonne foi est-il obligé de compenser, avec les fruits qu'il a perçus, ce qui lui est dû pour la plus-value qu'il a créée par ses travaux?

1° Le constructeur de bonne foi n'est pas obligé de compenser avec les fruits qu'il a perçus, ce qui lui est dû pour la plus-valu qu'il a créée par ses travaux. La compensation ne peut, en effet avoir lieu qu'entre deux personnes qui se trouvent respectivemen *débitrices* l'une de l'autre (art. 1289). Or, dans l'espèce, le propriétaire, *débiteur* de la plus-value dont il profite, n'est point *créancier* de la valeur représentative des fruits que le constructeur perçus : celui-ci, en effet, étant réputé les avoir dépensés *lautiu vivendo,* est par là même réputé n'en être pas devenu plus riche ce qui le dispense de l'obligation d'en tenir compte (voy. le nos 1447 et 1448). Le propriétaire, au contraire, est débiteur d la plus-value qui a été créée ; il en doit compte, parce que cett plus-value constitue un capital de plus dans son patrimoine, et u capital de moins dans celui du constructeur. Autrement, le constructeur de bonne foi ne serait guère mieux traité que le constructeur de mauvaise foi.

Quid, si la plus-value est si considérable que le propriétaire ne puisse pas la payer?

1468. — 2° Il se peut que la plus-value résultant des travaux qu ont été faits par le possesseur de bonne foi soit tellement considérable que le maître du sol soit hors d'état de la payer. Que fair en ce cas? Le dispensera-t-on de payer une indemnité? mais alor il s'enrichira aux dépens du constructeur! Forcera-t-on le constructeur à détruire ses travaux et à rétablir les lieux dans leu état primitif? mais alors on l'assimilera au constructeur de mauvaise foi! En présence de cette difficulté, Pothier avait imaginé un moyen fort ingénieux de régler ce conflit : le propriétaire du sol le reprenait, après s'être constitué, envers le constructeur, débiteur d'une rente dont les arrérages étaient l'équivalent des revenus que pourrait produire, par chaque année, la plus-value dont il bénéficiait.

Cet arrangement est, dit-on, trop équitable pour qu'on n'en fasse pas l'application à une matière qui est toute d'équité (voy. l'explic. de l'art. 4) (1).

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. IX, p. 226; Demol., t. I, n° 690; Dem., t. II, n° 392 *bis*, V.

Pothier ajoutait que cette rente était garantie par un *privilège* sur l'immeu-

1469. — 3° Lorsque le propriétaire ne veut pas payer les tra-
vaux qui ont été faits par un possesseur de mauvaise foi, celui-ci a le droit de les détruire, à la charge par lui de remettre les lieux dans leur état primitif. Quelques personnes ont proposé sur ce point un tempérament : « Oui, disent-elles, le constructeur peut démolir ce qu'il a construit et enlever les matériaux *dont il peut tirer quelque profit;* mais, si les travaux sont de telle nature qu'il perdrait plus à les détruire qu'à laisser les lieux dans l'état où il les a mis, s'il a, par exemple, fait des peintures sur un mur, dans quel but lui accorderait-on le droit de destruction? *malitiis non est indulgendum!* »

Lorsque le propriétaire ne veut pas conserver les travaux qui ont été faits par un possesseur de mauvaise foi, celui-ci a-t-il le droit de les détruire, alors même qu'il est démontré qu'il ne peut tirer aucun profit des matériaux qu'il enlèvera ?

Cette distinction me semble trop directement contraire au texte pour être admise. Il a d'ailleurs été répondu, avec raison, que le constructeur a toujours un intérêt légitime à détruire ce qu'il a fait, puisque c'est précisément en usant de la rigueur de son droit qu'il peut amener le propriétaire qui profite de ses dépenses à lui en tenir compte (1).

II. — *De l'accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.*

Art. 556 et 557.

1470. — 1° *Des atterrissements.* — Les atterrissements se forment tantôt sur la rive d'un fleuve ou d'une rivière, tantôt dans le sein même du fleuve ou de la rivière. Les premiers s'appellent *alluvions;* les seconds *îles* ou *îlots.*

Qu'est-ce que l'*alluvion?*

— *Des alluvions qui se forment sur la rive des fleuves ou des rivières.* — Les alluvions sont de deux sortes : les unes sont des *lais,* les autres des *relais.*

Combien y en a-t-il d'espèces ?

Le *lais* est l'accroissement insensible que reçoit une rive par l'accumulation des terres que la rivière y dépose successivement.

Le *relais* est la portion du lit que les eaux courantes laissent à sec en se retirant de l'une des rives pour se porter sur l'autre (2).

De même qu'en droit romain, toute alluvion, *lais* ou *relais,* appartient au propriétaire de la rive où elle s'est formée. C'est une compensation qu'on lui accorde pour les inconvénients continuels que lui cause la présence des eaux. — Dans le cas du *relais,* le propriétaire de la rive découverte profite de l'accroissement, sans

A qui profite l'alluvion?

le amélioré; ce *privilège* remplaçait le droit *de rétention* accordé au possesseur pour sûreté du remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il avait faites sur l'immeuble. Dans notre droit moderne, ce privilège ne saurait être admis : car aucune loi ne l'a reproduit, et les privilèges sont de droit étroit. Mais on pourrait le remplacer par une hypothèque que le propriétaire serait condamné à donner avant de rentrer en possession de son immeuble.

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 555; Dem., t. II, n° 392 *bis*, VI. — *Contra*, M. Demol., t. I, n° 689.

(2) Comp. Val., p. 80.

que le riverain du côté opposé puisse venir réclamer le terra qu'il a perdu. Il en serait autrement si l'eau, au lieu de se retir insensiblement de l'une des rives, s'était portée brusquement s l'autre : dans ce cas, le propriétaire de la rive envahie recevra à titre d'indemnité la rive abandonnée (art. 563).

Quid, si elle s'est formée sur la rive d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable ?

1471. — L'alluvion profite dans tous les cas au propriétaire r verain... *Dans tous les cas,* c'est-à-dire sans qu'il y ait à distingu si elle provient d'un fleuve ou d'une rivière, si cette rivière e navigable ou flottable, ou si elle ne l'est pas. Seulement, si l'a luvion s'est formée sur la rive d'un fleuve ou d'une rivière nav gable ou flottable, le riverain qui en profite est tenu de laisser marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlement — Remarquez que la portion de la rive affectée à ce marchepi ne cesse point d'appartenir au propriétaire riverain. Il subit u servitude publique (art. 650); mais cette servitude laisse subsis ter son droit. Si donc le fleuve ou la rivière venait à se retirer (nouveau, le chemin devant être pris sur le terrain nouvelleme abandonné, le propriétaire aurait alors la jouissance de l'anci chemin.

Quid, des alluvions qui se forment sur le rivage de la mer ?

— *Des alluvions qui se forment sur le rivage de la mer.* — Ell appartiennent, par droit d'accession, au propriétaire du rivag c'est-à-dire à l'État. Mais remarquez qu'à la différence du rivag qui fait partie du *domaine public,* les lais et relais qui se forme sur le rivage entrent dans le *domaine privé* de l'État (voy. n° 1425, 3°).

Art. 558.

L'alluvion a-t-elle lieu à l'égard des lacs et étangs ?

1472. — 2° *Des lacs et des étangs.* — L'alluvion n'a pas lieu l'égard des lacs et des étangs, dont le propriétaire conserve tou jours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de décharge de l'étang, encore que le volume d'eau vienne à dimi nuer. — Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert au cun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvr dans les crues extraordinaires.

Art. 559.

Quid, lorsqu'un terrain considérable et reconnaissable a été détaché d'un fonds et porté par le courant vers un fonds inférieur ou sur la rive opposée?

Dans quel délai ce terrain doit-il être revendiqué ?

Peut-il l'être même après l'année, si le propriétaire riverain n'en a pas encore pris possession ?

1473. — 3° *Des terrains considérables et reconnaissables détach d'un fonds et portés par le courant vers un fonds inférieur ou sur rive opposée.* — L'alluvion, se composant de parties sur lesquell personne ne peut justifier d'un droit de propriété, est acquise a riverain dès qu'elle existe et à mesure qu'elle se forme. Lors, a contraire, qu'une portion considérable et reconnaissable d'un ter rain a été apportée par la violence du fleuve ou de la rivière côté de mon champ où elle s'est arrêtée, le propriétaire du cham dont elle a été détachée, pouvant justifier sur elle de son droit d propriété, est admis à la revendiquer. Toutefois, il ne faut pa qu'il tarde trop longtemps à la réclamer : l'intérêt de l'agricultu en souffrirait. Une année seulement lui est accordée pour form sa demande; passé ce délai, il est déchu, si le propriétaire rive rain est déjà en possession du terrain qui accède à son champ Dans le cas contraire, la revendication peut être utilement formée même après l'année, et *tant que le riverain ne possède pas;* mais

dès l'instant qu'il prend possession, cette possession le rend *instantanément propriétaire* (1).

1474. — 4° *Des îles, îlots et atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières.* — Les îles qui se forment dans *un fleuve* appartiennent toujours à l'État ; mais, comme elles font partie de son *domaine privé,* elles sont aliénables et prescriptibles. Art. 560 et 561.

Quid, des îles, îlots et atterrissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières ?

Quant à celles qui se forment dans *une rivière,* la loi distingue. La rivière est-elle navigable ou flottable : c'est encore à l'Etat qu'elles appartiennent. N'a-t-elle aucun de ces caractères : une sous-distinction est nécessaire. Si l'île s'est formée d'un côté, c'est-à-dire entièrement en deçà de la ligne tracée au milieu de la rivière, elle appartient exclusivement aux riverains du côté de la rivière où elle s'est formée ; dans le cas contraire, elle profite aux riverains des deux côtés, à partir de la ligne tracée au milieu de la rivière et proportionnellement à la ligne de front que présente chaque héritage sur la rive (2).

1475. — Ce qui vient d'être dit des îles ne s'entend que de celles qui se forment soit par l'abaissement du niveau de la rivière sur une partie de son lit, soit par l'exhaussement d'une portion de son lit au-dessus du niveau de l'eau. Quant à celles qui se forment lorsque le fleuve ou la rivière coupe et entoure un terrain particulier, elles demeurent la propriété de celui auquel elles appartenaient alors qu'elles n'étaient qu'un terrain ordinaire. Art. 562.

Quid, de l'île qui s'est formée parce que le fleuve ou la rivière en se formant un bras nouveau a coupé et embrassé le champ d'un propriétaire riverain ?

1476. — 5° *Du cas où une rivière abandonne son lit pour s'en creuser un autre.* — Lorsqu'un fleuve ou une rivière, navigable ou non, se formait un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, la loi romaine attribuait le lit abandonné aux propriétaires riverains ; et, si, après un certain temps, le fleuve retournait à son premier lit, le second devenait à son tour la propriété de ceux qui possédaient des héritages sur les bords (3). Art. 563.

A qui appartient le lit abandonné par un fleuve ou par une rivière?

Quel était, sur ce cas, le système suivi en droit romain ?

Quel système suit notre Code ?

Comment le justifie-t-on ?

La loi française a suivi un autre système : le lit abandonné, au lieu d'être attribué aux riverains, passe, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds nouvellement occupés.

Ce système se conçoit sans peine, lorsqu'il s'agit d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable : l'État, propriétaire du lit

(1) Sur cette disposition peu pratique de l'art. 559, voy. Val., p. 160 et suiv.

(2) Le lit des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables appartient-il à l'État ou aux riverains? Voy., sur cette importante question, Merlin, *Quest. de droit,* v° *Pêche,* § 1 ; Proud., *Domaine public,* t. II, n°s 733, 938, 944 et 946 ; Rives, *Traité de la propr. du lit des rivières non navigables ni flottables ;* Dur., t. V, n° 208 ; Pardessus, *Des servitudes,* t. I, n° 77 ; Daviel, *Pratique des cours d'eau,* p. 23 et 25 ; Troplong, *De la prescript.,* t. I, p. 145 ; Championnière, *De la propr. des eaux courantes* ; Marc., sur l'art. 561 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; MM. Demol., t. II, n°s 128 et s. ; Dem., t. II, n° 374 *bis,* II, et 398 *bis,* I ; Aubry et Rau, t. II, § 168, p. 36 et 37 ; Laurent, t. VI, n°s 15 et suiv. ; Val., p. 165 et suiv. D'après la Cour de cassation, le lit est *res nullius,* comme le cours d'eau lui-même.

(3) Inst. de Just., § 23 *De divis. rer.* Comp. Gaius, L. 7 § 5, D., *De adquir. rer. dom.* (XLI, I).

abandonné, a pu, en effet, en disposer selon ce que l'équité lui suggéré dans l'intérêt des propriétaires des fonds envahis.

On le conçoit également quant aux rivières non navigables ni flottables, si l'on admet, avec certains auteurs, que le lit de ces rivières appartient à l'État.

Mais comment le justifier si l'on suit l'opinion contraire? Si le lit des rivières non navigables ni flottables appartient aux riverains, l'État, dira-t-on, n'a pas pu en disposer à leur préjudice ce serait la violation manifeste du principe que personne ne peut être exproprié que pour cause d'utilité publique et moyennant une indemnité préalable.

On s'est tiré d'affaire en disant que l'État, sous l'empire du droit intermédiaire, était propriétaire des petites rivières, et que, s'il en a, lors de la promulgation du Code, abandonné la propriété aux riverains, c'est sous cette réserve que le lit, s'il venait à être abandonné, serait attribué, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds nouvellement occupés.

III. — *De l'accession relative aux animaux sauvages qui, en se fixant sur un fonds, en deviennent l'accessoire.*

Art. 564.

A qui appartiennent les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang? *Quid*, s'ils y ont été attirés par fraude ou artifice?

1477. — Les animaux qui, s'étant habitués sur un fonds, s'y sont établis à demeure fixe, en deviennent l'accessoire et ne forment avec lui qu'un seul tout. Or, celui qui a le tout, a par là même chacune des parties. De là le principe que le maître du colombier est le maître des pigeons qui s'y sont établis. Mais il n'en est propriétaire qu'en tant qu'ils sont les parties accessoires de son colombier, et ils cessent d'en faire partie dès qu'ils ont perdu l'habitude d'y aller et venir. Il en perd donc la propriété dès l'instant qu'ils ont abandonné son colombier. Tant qu'ils ne sont point fixés ailleurs, ils n'appartiennent à personne; aussitôt qu'ils s'établissent quelque part, ils deviennent la propriété du propriétaire du fonds nouveau avec lequel ils se confondent.

Ainsi, les pigeons qui changent de colombier changent de maître, « pourvu, ajoute notre article, qu'ils n'aient pas été attirés dans le fonds nouveau par fraude et artifice... » Pris à la lettre, ce tempérament apporté à notre principe signifierait que les pigeons qui ont été, par fraude ou artifice, attirés d'un colombier dans un autre, continuent d'appartenir au propriétaire du colombier qu'ils ont abandonné, et qu'ainsi il peut les revendiquer et se les faire rendre en nature. Pothier, qui prévoyait le même cas, n'entendait pas la chose ainsi. Les pigeons qui passaient d'un colombier dans un autre appartenaient, *dans tous les cas,* au propriétaire du nouveau colombier où ils s'étaient établis; seulement, lorsqu'ils avaient été attirés par fraude ou artifice, leur ancien maître avait droit à une indemnité, que le nouveau propriétaire devait lui payer pour le dommage qu'il lui avait causé en dépeu-

plant son colombier. C'est probablement là la règle que notre article, dans sa rédaction vicieuse, a voulu reproduire (1).

Section II. — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

1478. — Généralités. — Des différentes accessions relatives aux meubles. — L'accession est l'union d'une chose à une autre.

Art. 565.

Qu'est-ce que l'*accession ?* Combien la loi en reconnaît-elle d'espèces, quant aux choses mobilières ?

Cette accession prend, en matière de meubles, des noms différents, suivant la nature de l'union qui lie entre elles les deux choses assemblées en un seul tout. On l'appelle, suivant les cas, *adjonction, spécification* ou *mélange.*

Qu'est-ce que l'*adjonction ?*

L'*adjonction* est l'union de deux choses qui, n'étant unies que par un seul côté de leur surface, restent distinctes et reconnaissables. Ainsi, un tableau et son cadre, un diamant et sa monture.

La *spécification ?* La *spécification* est elle une véritable *accession ?*

La *spécification* est la formation d'une autre chose avec la chose d'autrui. Ainsi, un bloc de marbre dont on fait une statue. — Il semble que la spécification ne soit pas une *accession :* car on n'y rencontre pas l'union d'une chose à une autre. Par son travail, l'ouvrier a créé avec une matière une chose nouvelle ; mais il n'a pas joint deux choses en un seul tout. Cependant, comme son travail est représenté dans la chose nouvelle par la valeur qu'il lui a donnée, on peut dire à la rigueur qu'il y a accession, en ce sens que deux valeurs se trouvent réunies et confondues en une seule qui les représente toutes deux.

Qu'est-ce que le *mélange ?*

Le *mélange* est l'union de plusieurs choses qui, adhérant par tous les points les unes aux autres, sont tellement mêlées et confondues, qu'elles ont cessé d'être distinctes et reconnaissables. Tels sont, par exemple, le mélange de deux tas de blé en un seul tas, la confusion de plusieurs liqueurs en un seul liquide.

Quelle question l'accession fait-elle naître relativement aux choses mobilières?

1479. — De la question que fait naitre l'accession relative aux choses mobilières. — Lorsque les deux choses unies l'une à l'autre appartenaient à une seule personne avant d'être unies, il est évident que le tout qu'elles forment n'a point changé de maître.

Si, avant leur union, elles appartenaient à deux maîtres différents qui ont l'un et l'autre consenti à ce qu'elles fussent unies, le tout qu'elles donnent par leur union est alors commun, dans la proportion qu'ils ont réglée par leur convention.

Que si elles ont été unies par accident ou par le fait de l'un des

(1) MM. Dur., t. IV, n° 248 ; Marc., sur l'art. 564 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Val., p. 174.

M. Faure, dans son rapport au Tribunat, émet l'opinion contraire. Si c'est, dit-il, par fraude ou artifice que les animaux sauvages sont passés d'un fonds dans un autre, « l'ancien propriétaire *n'aura point perdu ses droits sur eux.* L'improbité ne peut être un moyen d'*acquérir.* » (Voy. Fenet, t. II, p. 146.) *Conf.* M. Demol., t. II, n° 178 ; Dem., t. II, n° 399 *bis*, I ; Aubry et Rau, t. II, § 202, p. 247, note 4 ; Laurent, t. VI, n° 311.

deux maîtres, et sans le consentement exprès ou tacite de l'autre, un conflit s'élève alors : lequel des deux maîtres est propriétaire du tout? La loi résout, en général, la question par la maxime *accessorium sequitur principale :* la chose *accessoire* est acquise, par droit d'accession, au maître de la chose *principale.*

Par quel principe la loi la résout-elle en général ?

Mais à quels signes reconnaître la chose *principale* de la chose *accessoire?* Cette distinction est souvent fort difficile à faire. Le Code a cru devoir, en conséquence, tracer des règles sur ce point. Tel est l'objet de notre Section.

Est-il exact de dire que le droit d'accession appliqué aux choses mobilières est entièrement subordonné aux *principes de l'équité naturelle ?*

1480. — De la nature des règles tracées par la loi. — « Le droit d'accession, appliqué aux choses mobilières, est *entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.*

« Les règles tracées par les articles 566 à 575 serviront d'*exemples* aux juges pour se déterminer, *dans les cas non prévus,* suivant les circonstances particulières. »

Il semblerait, d'après cette disposition, que les juges, libres de toute entrave légale, peuvent prendre, en cette matière, toutes les décisions que leur suggèrent les lumières de leur propre raison. Il n'en est rien cependant. L'équité naturelle n'a point ici une importance et une autorité plus grandes que dans les autres parties de notre Code; et, en effet :

1° Ce n'est que *dans les cas qui n'ont pas été prévus* que les juges sont autorisés à suivre, à titre d'*exemples,* les règles contenues dans les articles 566 et suivants. D'où il résulte, par *a contrario,* que ces mêmes règles sont de véritables *lois,* c'est-à-dire des ordres impératifs et obligatoires pour les juges, qui ne doivent pas s'en écarter, lorsque le cas qu'ils ont à juger est un de ceux qui ont été prévus. Autrement, notre Section serait sans objet : car, si les tribunaux pouvaient, *dans tous les cas,* juger suivant leur manière d'entendre l'équité naturelle, il n'y aurait en réalité aucune loi sur la matière.

Dans quel cas l'équité peut-elle servir de règle ?

2° Les cas qui ont été prévus par la loi sont si nombreux, qu'on peut dire qu'elle a, à peu près, tout réglé. Si donc l'équité naturelle doit, en notre matière, servir de règle aux juges, ce ne sera que par exception, et dans des hypothèses fort rares.

L'application des règles qui régissent l'accession n'est-elle pas, dans la plupart des cas, rendue inutile par la règle : *en fait de meubles la possession vaut titre ?*

1481. — De la règle, *En fait de meubles la possession vaut titre,* combinée avec l'accession. — Notre droit n'admet point, en principe, la revendication des meubles : ils se prescrivent, en effet, par le seul fait de leur possession, indépendamment du laps de temps. Ainsi, lorsqu'une chose mobilière est vendue *a non domino,* l'acheteur, s'il la reçoit de bonne foi, en devient *instantanément propriétaire.* Celui à qui elle appartenait ne peut point la revendiquer contre lui et l'en dépouiller. C'est ce qu'on exprime par la formule : *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Dans quels cas donc l'accession recevra-t-elle son application ?

Cette règle rendra donc inutile, dans la plupart des cas, l'application des règles qui régissent l'accession : car le plus souvent l'ouvrier aura déjà acquis, par le seul fait de la possession, la propriété de la chose qu'il a unie à la sienne.

Toutefois, la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre,* n'étant pas absolue, l'*accession* recevra son application dans les cas exceptionnels où cette règle ne recevra pas la sienne; ce qui arrivera notamment dans le cas où le possesseur aura reçu de mauvaise foi la chose d'autrui, ou même de bonne foi une chose qui a été *volée* ou *perdue* (voy. l'explic. de l'art. 2279).

1482. — I. De l'adjonction. — Lorsque deux choses ont été unies en une seule, le tout appartient au maître de la chose *principale,* sous l'obligation de payer à l'autre maître la valeur de la chose *accessoire.* Peu importe que les choses unies soient ou ne soient pas séparables : le résultat est le même dans les deux cas.

Art. 566 à 569.

Lorsque deux choses appartenant à deux maîtres ont été, par le fait de l'un d'eux ou par accident, unies en une seule, à quel maître cette chose appartient-elle ?

Sous quelle obligation lui appartient-elle ?

Comment peut-on reconnaître la chose *principale* de la chose *accessoire ?* Quelles règles la loi donne-t-elle à cet égard ?

La loi donne trois règles pour reconnaître la chose *principale* de la chose *accessoire :*

1° Lorsque deux choses ont été unies en un seul tout, celle-là est la *principale,* pour l'*usage,* l'*ornement* ou le *complément* de laquelle l'autre lui a été unie. Ainsi, dans une bague, c'est le diamant, et non l'anneau sur lequel il est monté, qui est la chose principale : car c'est *pour l'usage* du diamant que l'anneau lui a été uni. — Cette première règle souffre une exception. Si la chose qui a été unie pour l'*usage,* l'*ornement* ou le *complément* de l'autre est beaucoup plus précieuse que celle-ci, la personne à laquelle elle appartient peut demander qu'elle soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe. Par exemple, si vous avez enchâssé dans votre tabatière un diamant d'un grand prix que je vous avais confié, je puis exiger qu'il soit détaché de votre tabatière et qu'il me soit rendu en nature.

2° Lorsque, des deux choses, l'une n'est pas plus faite pour l'autre que l'autre pour elle, c'est celle qui a le plus de valeur qui est la principale.

3° Que si elles ont la même valeur, la principale est alors celle qui dépasse l'autre *en volume.*

S'il est impossible de reconnaître la chose principale de la chose accessoire, celle des parties à l'insu de laquelle elles ont été unies peut demander qu'elles soient séparées, pour que la chose qui lui appartient dans le tout lui soit rendue. Lorsqu'elles sont inséparables, le tout est commun entre les deux maîtres, ainsi que cela a lieu pour les chose mélangées (voy. l'art. 573).

1483. — II. De la spécification. — Un ouvrier a fait une chose nouvelle avec une chose appartenant à autrui : à qui la chose nouvelle? Au propriétaire de la matière avec laquelle la chose nouvelle a été créée, ou à l'ouvrier? A Rome, les opinions ont été, jusqu'à Justinien, partagées sur cette question.

Art. 570 à 572.

Lorsqu'un ouvrier a fait une chose nouvelle avec une chose appartenant à autrui, à qui cette chose nouvelle appartient-elle ?

Quelle était, en droit romain, l'opinion des Sabiniens sur ce point ?

Les Sabiniens attribuaient l'objet confectionné au propriétaire de la matière avec laquelle il avait été formé. Les choses, disaient-ils, n'existent et n'ont de valeur que par leur côté matériel; leur forme, qui est variable et changeante, n'en est que le côté

secondaire. Si donc deux choses se trouvent réunies dans l'objet confectionné, savoir : d'une part, la matière première, et, d'autre part, la forme nouvelle qu'elle a reçue, la première est la *principale,* la seconde l'*accessoire.*

Quelle était l'opinion des Proculiens ?

Les Proculiens, au contraire, attribuaient l'objet confectionné au spécificateur qui l'avait créé par son travail. En droit, disaient-ils, les choses n'existent que par l'utilité que les hommes en peuvent retirer; or, l'utilité d'une chose consiste bien plus dans sa *forme* que dans la *matière.* Sans la forme, la matière ne serait rien : *forma dat esse rei.* C'est donc la forme de chaque chose qui en constitue l'*essence;* la matière dont elle est formée n'en constitue que l'*accessoire.*

Ainsi, la matière étant, *d'après les Sabiniens,* la chose principale, et la forme l'accessoire, la *matière* l'emportait sur l'*industrie.* Suivant les Proculiens, au contraire, la forme étant la chose principale, et la matière l'accessoire, c'était l'*industrie* qui l'emportait sur la *matière.*

Quel fut le système de Justinien ?

Une opinion intermédiaire fut proposée comme moyen de conciliation entre ces partis extrêmes. On distingua deux cas :

Si l'objet confectionné peut être ramené à son état primitif, par exemple, si on fait un vase avec un lingot d'argent, la matière brute continuant alors de subsister sous la forme nouvelle qui lui a été donnée, l'objet confectionné ne constitue point une chose nouvelle; c'est toujours l'ancienne chose qui subsiste : c'est donc à son ancien propriétaire qu'elle doit rester.

Que si, au contraire, il est impossible de ramener à sa première forme la chose qui est sortie des mains de l'ouvrier, par exemple, s'il a fait du vin avec du raisin, l'ancienne matière alors a été détruite : c'est une autre substance, une chose nouvelle, qui existe : c'est donc à l'ouvrier qui l'a créée qu'elle doit rester.

Ce parti mitoyen fut accepté par Justinien.

— Ainsi, l'objet confectionné appartenait :

Suivant les Sabiniens, dans tous les cas, au propriétaire de la matière;

Suivant les Proculiens, dans tous les cas, à l'ouvrier;

Suivant Justinien, tantôt à l'ouvrier et tantôt au propriétaire de la matière, suivant que la chose pouvait ou non être ramenée à sa premiere forme (1).

Quel système les rédacteurs du Code ont-ils suivi ?

Les rédacteurs du Code ont, en principe, consacré l'idée *sabinienne;* c'est au propriétaire de la matière qu'ils attribuent l'objet que la spécification a créé. Peu importe que cet objet puisse ou non reprendre sa première forme; le résultat est le même dans l'un et l'autre cas : la distinction de Justinien a été rejetée.

Mais, après s'être

Mais, après s'être faits Sabiniens, ils ont modifié leur système

(1) Inst. de Just., § 25 *De divis. rer.*

par un tempérament essentiellement proculien. L'objet de la spécification, soit qu'il puisse, soit qu'il ne puisse pas reprendre sa forme première, appartient au propriétaire de la matière avec laquelle il a été formé : tel est le principe. Mais cette règle n'est pas absolue. Si la main-d'œuvre est tellement importante qu'elle surpasse de beaucoup la valeur de la matière employée, c'est alors l'*industrie* qui est la chose principale : dans ce cas, la chose nouvelle appartient à l'ouvrier qui l'a créée. Par exemple, lorsqu'un habile peintre a fait un tableau sur une toile qui ne lui appartenait pas, ou qu'un statuaire célèbre a tiré une statue d'un bloc de marbre appartenant à autrui, c'est au spécificateur qu'est attribuée la propriété du tableau ou de la statue.

faits Sabiniens, n'ont-ils pas modifié leur système par un tempérament essentiellement proculien ?

Il est bien entendu, au reste, que le propriétaire de la matière, quand c'est à lui qu'est attribuée la propriété de l'objet confectionné, n'y peut prétendre qu'à la charge de payer à l'ouvrier le prix de la main-d'œuvre ; et, réciproquement, que l'ouvrier, quand il garde l'objet qu'il a confectionné, ne l'acquiert que sous la condition de rembourser le prix de la matière.

Dans tous les cas, celui auquel est attribuée la propriété n'est-il pas obligé de payer une indemnité ?

1484. — Il se peut que le spécificateur ait travaillé, d'une part, avec sa matière, d'autre part, avec la matière d'autrui : que décider alors ? La loi distingue :

Quid, si le spécificateur a travaillé, d'une part, avec sa matière, et, d'autre part, avec la matière d'autrui ?

Si les deux matières employées n'ont pas été détruites par la spécification qui en a été faite, et si elles sont séparables sans inconvénient, celui des maîtres à l'insu duquel les matières ont été travaillées peut demander qu'elles soient séparées et réclamer celle qui lui appartient (arg. tiré de l'art. 573, 1er alinéa).

Que si, au contraire, elles ne peuvent pas être séparées sans inconvénient, l'objet confectionné appartient en commun aux deux maîtres des matières avec lesquelles il a été formé, à l'un, en raison de sa matière, à l'autre, en raison de sa matière et du prix de sa main-d'œuvre.

1485. — Il est évident, au reste, que cette copropriété n'aurait pas lieu, et que l'objet confectionné appartiendrait pour le tout au spécificateur, si son industrie dépassait de beaucoup la valeur de la matière qui n'était pas à lui. Il serait, en effet, seul propriétaire s'il n'avait employé, dans l'objet qu'il a créé, que la chose d'autrui : à bien plus forte raison doit-il en être de même, lorsqu'il y a employé sa propre chose, jointe à la chose d'autrui.

Quid, dans ce même cas, si l'industrie de l'ouvrier dépasse de beaucoup la valeur de la matière qui n'était pas à lui ?

1486. — J'ajoute que, dans le cas où l'industrie de l'ouvrier n'est pas assez importante pour être jugée la chose principale, il se peut encore que l'objet confectionné n'appartienne pas en commun aux maîtres des matières avec lesquelles il a été formé. C'est ce qui a lieu lorsqu'une des deux matières est, à raison de sa quantité ou de sa qualité, de beaucoup supérieure à l'autre : dans ce cas, la chose nouvelle appartient en totalité au maître de la matière principale (arg. d'analogie tiré de l'art. 574).

Quid, si l'une des deux matières est, à raison de sa quantité ou de sa qualité, de beaucoup supérieure à l'autre ?

1487. — III. Du mélange. — Le *mélange* diffère de l'*adjonction* en ce que les choses, au lieu d'être simplement unies par un seul

Art. 573 et 574.

En quoi le *mélange*

diffère-t-il de l'*adjonction ?*

En quoi diffère-t-il de la *spécification ?*

Lorsque deux choses appartenant à deux maîtres différents ont été mélangées par le fait de l'un d'eux ou par accident, à qui le tout appartient-il ?

côté de leur surface, ce qui fait qu'elles sont reconnaissables quoique unies, sont *confondues,* et par suite non susceptibles d'être distinguées les unes des autres (voy. le nº 1478).

Il diffère de la *spécification* en ce que la formation de la chose qui en provient ne suppose aucune *industrie*. Ainsi, lorsque j'ai fait une statue avec un lingot d'argent qui m'appartient et avec un lingot qui est à vous, il y a *spécification*. Il y aurait, au contraire, *mélange* si je n'avait fait que fondre en un seul les deux lingots qui nous appartiennent.

Si l'une des deux choses mélangées forme dans le mélange la partie *principale,* soit à raison de sa valeur, soit à raison de son volume, le tout appartient en entier au maître de la matière principale, à la charge par lui de payer le prix de la chose accessoire.

Quid, si aucune des matières ne peut être considérée comme principale ?

Que si, au contraire, aucune des deux matières ne peut être regardée comme la partie principale, une distinction est alors nécessaire.

Les matières mélangées peuvent-elles être facilement séparées : celui des maîtres à l'insu duquel le mélange a eu lieu peut demander la division et revendiquer sa matière.

Sont-elles tellement confondues qu'il ne soit pas possible de les diviser sans inconvénient : le mélange appartient indivisément à chacun des deux maîtres, dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.

Art. 575.

Que doivent faire les parties lorsque la chose est attribuée en commun à chacune d'elles ?

1488. — IV. Règles générales. — 1º Lorsque la chose est commune aux propriétaires des matières dont elle a été formée, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision (art. 815), chacun des copropriétaires peut exiger que la chose soit *partagée* en nature, si elle est susceptible de l'être, ou, dans le cas contraire, qu'elle soit *licitée,* c'est-à-dire transformée en argent par la voie des enchères (art. 1686) ; le prix qu'on en retire est alors partagé entre les parties, proportionnellement à la part que chacune d'elles avait dans la chose.

Art. 576.

Quelle faculté la loi accorde-t-elle à celui des maîtres à l'insu duquel l'accession a eu lieu ?

2º Lorsque l'accession profite à celui des maîtres à l'insu duquel elle a eu lieu, celui-ci peut, à son choix, prendre l'un ou l'autre de ces deux partis :

Ou réclamer la chose entière, à la charge pour lui d'indemniser l'autre maître ;

Ou la laisser à l'auteur de l'accession, et exiger soit une chose absolument pareille à celle dont il était propriétaire avant l'accession, soit sa valeur en argent.

Art. 577

Quelle responsabilité encourent ceux qui emploient la matière ou la chose d'autrui à l'insu du propriétaire ?

Ceux qui emploient la matière ou la chose d'autrui à l'insu du propriétaire, peuvent être condamnés à des dommages et intérêts s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites au criminel, en cas de vol.

TITRE TROISIÈME

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

CHAPITRE PREMIER. — DE L'USUFRUIT.

Répétition.

I. — *Définition de l'usufruit, sa nature, ses caractères.*

1489. — Justinien, dans ses Institutes, définit l'usufruit : *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia.* Art. 578.

Qu'est-ce que l'*usufruit ?*

La définition qu'en ont donnée les rédacteurs du Code est, à peu de chose près, semblable : « L'usufruit, disent-ils, est le droit de *jouir* (*utendi, fruendi*) des choses dont un autre a la propriété (*alienis rebus*), comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (*salva rerum substantia*). » Etudions séparément chacune des parties de cette définition.

1490. — « L'usufruit est le droit de jouir... »

Nous avons vu, sous les n°s 1439 et s., que toutes les facultés réunies dans le droit de propriété se résument en trois principales, savoir :

1° Le *jus utendi,* ou le droit de se servir de la chose en l'employant à un usage susceptible d'être renouvelé plusieurs fois;

2° Le *jus fruendi,* ou le droit de percevoir les fruits qu'elle produit ;

3° Le *jus abutendi,* ou le droit d'en disposer, c'est-à-dire d'en faire un usage définitif, qui ne se renouvellera plus, au moins pour le propriétaire qui le fait, droit de la consommer, de la transformer, de la dénaturer, de la détruire, et enfin de l'aliéner en la transmettant à un autre.

Les deux premiers de ces attributs, le *jus utendi* et le *jus fruendi,* composent le droit d'usufruit; le *jus abutendi* n'y est pas compris. *Ususfructus est jus utendi atque fruendi,* SED NON ABUTENDI.

Qu'est-ce que le droit de *jouir ?*

Le Code reproduit la même idée. Mais, au lieu de désigner par deux mots distincts les deux attributs (*jus utendi atque fruendi*) dont la réunion forme le droit d'usufruit, il les a compris sous une expression unique, qui les embrasse l'un et l'autre : le mot complexe *utendi-fruendi* a été traduit par le mot simple, mais générique, *jouir.* Ainsi, le droit de *jouir* est tout à la fois le droit de se servir de la chose et d'en percevoir les fruits : *est jus utendi atque fruendi.*

Pourquoi la propriété est-elle appelée *nue-propriété,* quand

1491. — Le *jus abutendi,* quand il est seul, s'appelle *nue-propriété :* c'est que la propriété dont on a détaché le *jus utendi* et le

le *jus abutendi* n'est point accompagné du droit de *jouir?*

A quoi sert la *nue-propriété?* Quel profit en peut retirer le propriétaire?

jus fruendi est comme déshabillée, puisqu'elle est dépouillée de ses attributs essentiels.

A première vue, il semble que la nue-propriété soit complètement inutile; et, en effet, quels avantages peut-elle procurer? le *nu-propriétaire* ne peut ni se servir de la chose, car le *jus utendi* appartient à un autre, ni percevoir les fruits qu'elle produit, car le *jus fruendi* n'est plus dans ses mains, ni même exercer, du moins en général, le *jus abutendi,* car, étant tenu de respecter les droits de l'usufruitier, il est par là même obligé de s'abstenir de tous actes qui, en modifiant, en transformant ou en détruisant la chose, auraient pour effet de modifier ou de détruire l'usufruit auquel elle est soumise. Que lui reste-t-il donc? bien peu de chose! il ne lui reste que le droit d'acquérir les *produits* qui n'ont pas le caractère de *fruits.* Bientôt, en effet, nous verrons que la loi ne considère point comme *fruits* tous les *produits* de la chose (voy., sous les n°s 1512 et s., la théorie générale des fruits); or, le droit de l'usufruitier étant borné, restreint à ceux des produits qui sont considérés comme des *fruits,* il en résulte que tous les *produits* qui n'ont point ce *caractère* appartiennent au propriétaire. Ainsi, c'est à lui qu'appartiennent, car ces *produits* ne sont point rangés parmi les *fruits :* 1° les extraits des carrières et mines ouvertes pendant l'usufruit; 2° les arbres coupés dans les bois qui, lors de la constitution d'usufruit, n'étaient pas encore en coupes réglées (art. 591 et 598). Il faut en dire autant, et par le même motif, du trésor, que la loi attribue pour moitié au propriétaire du sol dans lequel il a été découvert (voy. l'explic. de l'art. 716).

1492. — On voit combien serait restreinte l'utilité de la propriété, si elle était *à perpétuité* dépourvue de ses attributs essentiels, le *jus utendi* et le *jus fruendi.* Dans la plupart des cas, son utilité serait absolument nulle pour celui qui en serait nanti. Son effet se bornerait à gêner l'usufruitier dans ses projets d'amélioration sur la chose. Il est donc de l'essence de la propriété qu'elle ne soit point perpétuellement réduite au *jus abutendi,* et, réciproquement, de l'essence de l'usufruit d'être *temporaire;* le maximum de sa durée est déterminé *par la vie de l'usufruitier.* C'est, par conséquent, un droit essentiellement *personnel,* en ce sens qu'il ne peut point passer de la personne de l'usufruitier à ses héritiers (art. 617).

Cette limite apportée à la durée de l'usufruit constitue à la propriété, même pendant que l'usufruit dure encore, une portion de son utilité. La nue-propriété devant, en effet, se compléter un jour par l'adjonction du *jus utendi-fruendi* qui, tôt ou tard, lui fera retour, le nu-propriétaire, s'il a besoin d'argent, pourra s'en procurer, soit en vendant le droit en expectative dont il est investi, soit en l'hypothéquant.

1493. — Le démembrement de la propriété en plusieurs droits reposant sur des têtes différentes n'est pas sans inconvénient. Il y a là, en effet, un conflit d'intérêts rivaux peu propre à fonder la

paix entre les hommes. Les rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire sont naturellement difficiles et irritants. L'un considère que sa chose est entre les mains d'un tiers qui en a toute l'utilité ; l'autre, que cette chose qu'il améliore peut-être en la cultivant appartient à un autre auquel elle devra être rendue. De là une inimitié à peu près inévitable ; de là une source inépuisable de procès. Ajoutez que l'usufruitier, qui ne perd jamais de vue la restitution qu'il aura à faire, ne s'attache que bien faiblement à la chose dont il jouit : ce n'est pas elle qu'il cultivera avec amour, qu'il s'efforcera d'améliorer. Il n'a qu'un but, c'est d'en retirer tout le profit possible en dépensant le moins possible. De là une dépréciation de la propriété.

Sous ce double rapport, l'établissement de l'usufruit constitue un état de choses irrégulier, exceptionnel, et, par suite, contraire à l'intérêt général. Aussi la loi ne le permet-elle qu'avec regret : c'est ce qui explique pourquoi elle a multiplié autour de lui les causes qui peuvent amener son extinction. Elle ne le défend point ; mais elle fait tout ce qu'elle peut pour qu'il cesse au plus tôt (voy. l'art. 617).

1494. — « Des choses dont un autre a la propriété (*alienis rebus*)... » L'usufruit, considéré comme droit distinct et séparé de la propriété, ne peut, en effet, exister que sur la chose d'autrui ; autrement, le *jus utendi-fruendi* et le *jus abutendi* étant dans les mêmes mains, l'usufruit cesserait d'être un droit particulier.

Pourquoi dit-on que l'usufruit est le droit de jouir de la chose d'autrui ?

Les jurisconsultes romains distinguaient deux sortes d'usufruit, l'un que l'on appelait *causal*, l'autre qui était dit *formel*.

Combien les Romains distinguaient-ils d'espèces d'usufruits ?

L'usufruit *causal* était le droit d'user et de jouir de sa propre chose, c'est-à-dire l'usufruit joint au *jus abutendi*, en un mot l'usufruit compris dans la propriété même. On l'appelait *causal*, parce qu'il était joint à sa cause : *causalis quia causæ suæ, id est dominio, junctus est*.

L'usufruit *formel* était celui qui, étant détaché de la propriété et attribué à une autre personne, distincte du propriétaire, formait un droit particulier sur la chose d'autrui. On l'appelait *formel* parce qu'il avait une existence propre : *dicitur formalis quia propriam formam habet*.

Le Code n'a point reproduit cette distinction ; il ne s'occupe que de l'usufruit *formel*.

1495. — « Comme le propriétaire lui-même... » Cette disposition a une grande importance ; mais il ne faut pas l'exagérer. Les termes dans lesquels elle est conçue semblent lui donner un sens absolu, qu'en réalité elle n'a pas. Prise à la lettre, elle signifierait que la condition de l'usufruitier, quant à l'exercice du droit de jouissance, est, en tous points, semblable à celle du propriétaire. Or, cette prétendue assimilation n'est qu'une apparence ; en fait et en droit, elle n'existe point.

Comment l'usufruitier doit-il jouir de la chose sujette à son droit ?

La règle qu'il en doit jouir *comme le propriétaire* lui-même est-elle vraie sous toute espèce de rapports ?

1496. — Ainsi, 1° l'usufruitier ne jouit qu'à la charge de *conserver la substance de la chose* (art. 578). Sous ce rapport, sa condition

Quelles différences a-t-il entre l'usufruitier et le propriétaire.

quant à la manière dont ils jouissent?

diffère de celle du propriétaire : celui-ci peut, en effet, changer à son gré, modifier, ou même détruire la chose qui lui appartient. L'usufruitier, au contraire, doit s'abstenir de tous actes qui auraient pour effet de changer la substance de celle dont il jouit : il ne peut pas la dénaturer, même en l'améliorant.

1497. — 2° L'usufruitier n'a ni le droit d'ouvrir des carrières et des mines, et de gagner pour lui les produits qu'elles pourraient donner (art. 598), ni le droit d'abattre des arbres dans les bois qui n'étaient pas en coupes réglées lors de la constitution de son usufruit (art. 591); il ne profite même point des arbres (autres que les arbres fruitiers) qui meurent ou qui sont arrachés ou brisés par accident (art. 594) : en d'autres termes, et pour généraliser, il n'a droit qu'aux *produits* qui ont le caractère de *fruits* (voy. le n° 1511). — Le propriétaire, au contraire, a le droit de retirer de la chose tous les *produits* qu'elle peut donner, même ceux qui n'ont pas le caractère de *fruits*. Sous ce rapport encore, le droit de l'usufruitier est différent de celui du propriétaire.

3° L'usufruitier est tenu de modeler sa jouissance sur celle du propriétaire dont il a temporairement pris la place. C'est ainsi qu'il est tenu, dans l'exercice de son droit sur les bois taillis ou sur les forêts mises en coupes réglées, de se conformer à l'usage constant des propriétaires ; c'est ainsi encore qu'il ne lui est point permis de *louer* la chose sujette à son droit, si cette chose n'était point, dans les mains du propriétaire, destinée à ce genre d'usage (voy. les nos 1556 et s.). — Le propriétaire ne subit aucune de ces entraves ; il jouit comme il l'entend. C'est donc une troisième différence entre lui et l'usufruitier.

4° L'usufruitier doit jouir en bon père de famille (art. 601) ; la violation de cette obligation pourrait entraîner la perte de son droit (art. 618). — Aucune obligation de ce genre n'est imposée au propriétaire. A ce point de vue encore, il n'y a aucune assimilation à faire entre l'usufruitier et le propriétaire.

Qu'a donc voulu dire la loi lorsqu'elle dit que l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire lui-même?

1498. — Mais, s'il en est ainsi, quelle est donc la véritable pensée de la loi? Elle a voulu dire, mais elle l'a mal exprimé :

1° Que l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire, *à supposer que le propriétaire fût un bon et sage administrateur* (Fenet, t. XI, p. 229);

2° Qu'il doit conserver, dans l'exercice de son droit, la destination que le propriétaire avait donnée à la chose lorsqu'il en avait la jouissance, et qu'ainsi il ne doit, en général, retirer de la chose que l'usage même qu'en retirait le propriétaire. Ainsi l'usufruitier ne pourrait point transformer une maison d'habitation en une auberge, une vigne en une terre labourable, ou réciproquement. C'est en vertu du même principe qu'il est tenu, en ce qui touche la coupe des bois taillis et de haute futaie, d'observer l'ordre et la quotité des coupes établis par l'usage constant des anciens propriétaires (art. 590 et 591) (Fenet, t. XI, p. 233).

J'ajoute : 3° l'usufruitier jouit comme le propriétaire lui-même

en ce sens que son droit de jouissance est, en ses mains, ce qu'il était alors qu'il appartenait au propriétaire, c'est-à-dire un droit *sur* la chose, un *jus in re*.

1499. — Il existe, sous ce rapport, une ressemblance parfaite entre le droit de jouissance de l'usufruitier et le droit de jouissance du propriétaire. L'un et l'autre constituent, en effet, un droit *réel*, un droit sur la chose même, un *jus in re*. Insistons sur cette idée.

Quelle est la nature du droit d'usufruit? N'est-ce pas un droit réel?

Lorsque je vous vends ou que je vous donne en *pleine propriété* une chose qui m'appartient, je vous la vends ou je vous la donne *telle que je l'ai*. Vous ne pouvez donc pas, lorsqu'elle est en mauvais état, exiger que je fasse, avant de vous la livrer, les réparations dont elle peut avoir besoin. A bien plus forte raison ne suis-je pas obligé de la remettre en bon état, lorsque, pendant qu'elle est entre vos mains, elle subit des détériorations. Je vous ai cédé ***mon droit de jouir et de disposer*** de la chose, mais je ne me suis pas engagé à vous *en faire jouir*. Mon obligation est toute ***négative :*** elle est semblable à celle dont toute autre personne est tenue envers vous : je suis obligé de respecter le droit que je vous ai cédé et de ne rien faire qui puisse vous troubler dans vos rapports avec la chose que je vous ai livrée.

Or, ce qui est vrai de la *pleine propriété*, l'est également de chacun de ses démembrements. Le propriétaire qui constitue sur sa chose un droit d'usufruit cède simplement le droit de jouissance qu'il a sur elle. Dès qu'il l'a transmis, il est quitte de tout. Il doit sans doute, de même que toute autre personne, s'abstenir de tous actes qui pourraient entraver l'usufruitier dans l'exercice de son droit; mais là s'arrête son obligation. Il est tenu, non pas de *faire jouir* l'usufruitier, mais de le *laisser jouir* : ***tenetur in abstinendo, sed non in faciendo***.

Quelle est la nature de l'obligation dont le nu-propriétaire est tenu envers l'usufruitier?

L'usufruitier, de même que le propriétaire, est donc en rapport immédiat avec la chose. Il n'existe aucun intermédiaire, aucun *débiteur personnel*, entre elle et lui. Il a le droit de s'en servir et d'en recueillir les fruits, et, par conséquent, de la mettre en état de servir ou de donner des fruits; mais il n'a point le droit d'exiger qu'une autre personne fasse quelque chose pour l'en faire jouir. C'est elle, en un mot, et elle seule, qui est directement obligée envers lui. De là il résulte :

1° Que l'usufruitier ne peut pas exiger que la chose sur laquelle son droit est établi lui soit livrée en bon état de réparation : si dégradée et si détériorée qu'elle soit, elle ne lui est due qu'en cet état (art. 600).

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que le nu-propriétaire n'est tenu envers lui qu'*à le laisser jouir?*

2° Que, si elle subit des détériorations pendant qu'il en jouit, il ne peut point forcer le propriétaire à la réparer.

1500. — Sous ce double rapport, la constitution d'usufruit diffère du contrat de louage.

Quelles différences y a-t-il, sous ce rapport, entre le bail et l'usufruit?

Le contrat de louage a, en effet, un tout autre but que le frac-

tionnement du droit de propriété. Le propriétaire qui *loue* sa chose s'engage envers le locataire à l'*en faire jouir;* mais il ne lui cède point son droit de jouissance. Le locataire n'acquiert donc point le droit de jouir de la chose; il n'acquiert que le droit personnel d'exiger du propriétaire qu'il l'*en fasse jouir*.

Le locataire n'est point en rapport direct et immédiat avec la chose qui lui a été louée; entre elle et lui il y a un intermédiaire, un obligé personnel, le propriétaire qui est tenu de l'en faire jouir. Ce n'est pas elle qui est obligée envers lui; l'obligé, c'est le propriétaire. Ce n'est pas elle qui fait l'objet de son droit; l'objet de son droit, c'est la jouissance que le propriétaire est tenu de lui procurer. Ainsi, tandis que le nu-propriétaire n'est tenu envers l'usufruitier que de cette obligation négative dont toute personne est également tenue, c'est-à-dire de l'obligation de le *laisser jouir*, de ne rien faire à l'encontre du droit de jouissance qu'il lui a cédé, le locateur, lui, et lui seul, est personnellement obligé envers le locataire, obligé à le faire jouir, ce qui entraîne l'obligation de *mettre* et d'*entretenir en bon état de réparations de toute espèce la chose dont il doit lui procurer la jouissance* (art. 1719 et 1720).

Il est aisé de voir, à ces caractères, que le locataire, au lieu d'avoir, comme l'usufruitier, un démembrement du droit de propriété, un *droit réel sur la chose,* n'a qu'un *droit personnel* contre le propriétaire (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 1743).

1501. — 3° Que l'usufruit, de même que le droit de propriété, est *mobilier* ou *immobilier,* suivant que la chose sur laquelle il porte est mobilière ou immobilière (voy. les n[os] 1379 et 1389).

Le droit du locataire, n'étant point établi sur la chose même qui a été louée, ne l'a point pour objet; ce n'est point par elle qu'on peut le qualifier. Aussi est-il *mobilier* alors même qu'elle est immobilière. Il est, dans tous les cas, *mobilier,* parce que son objet (l'obligation dont est tenu le propriétaire de procurer au locataire les services ou les produits de la chose louée) est toujours mobilier.

4° Que l'usufruitier, de même que le propriétaire, a une action *réelle* pour revendiquer son droit contre tous ceux qui détiennent la chose sur laquelle il est établi. Ainsi, l'usufruit, comme la propriété, suit la chose partout où elle passe.

Le droit du locataire est également opposable au tiers acquéreur. C'est une exception aux règles qui régissent les droits personnels. Je dirai plus tard, sous l'article 1743, les motifs de cette dérogation au droit commun.

Comment les mots *Salvâ rerum substantiâ*, de la définition de l'usufruit en droit romain, ont-ils été traduits par les interprètes?

1502. — « *A la charge d'en conserver* LA SUBSTANCE. » — Les mots *salva rerum substantia,* qui terminent la définition que les Institutes donnent de l'usufruit, ne paraissent pas avoir un sens parfaitement déterminé. Trois traductions différentes en ont été données : la première rapporte ces mots à la *durée de l'usufruit;* la seconde, à la *nature des choses qui sont susceptibles d'usufruit ;* la troisième, aux *obligations de l'usufruitier.* Ainsi on a dit :

1° L'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose d'au-ui, *tant que dure sa substance.* Il n'est donc pas nécessaire, pour ie l'usufruit s'éteigne, que la chose sur laquelle il existe ait *ma-riellement* cessé d'exister; il suffit que sa substance, c'est-à-dire manière d'être, la forme qui la caractérise, soit détruite.

2° L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'une chose qui ap-rtient à autrui *et dont la substance résiste à l'usage qu'on en fait.* ne peut donc être établi que sur les choses dont on peut user ns en détruire la substance. Ainsi, n'en sont point susceptibles s choses qui *primo usu consumuntur.*

Il est, en effet, des choses qui sont telles, qu'on ne peut en ser qu'*en les consommant :* telles sont une somme d'argent, des nrées, des liqueurs... Or, consommer une chose, c'est agir en aître et comme propriétaire, c'est exercer le *jus abutendi.* On peut donc user des choses qui se consomment *primo usu* qu'au-nt qu'on a le droit de les consommer, c'est-à-dire qu'*autant qu'on t propriétaire;* d'où l'impossibilité de constituer sur elles un droit usufruit, c'est-à-dire le droit d'user et de jouir d'une chose *dont i autre a la propriété.*

Cependant un sénatusconsulte imagina un moyen détourné de s soumettre à l'usufruit. Ce moyen consistait dans la transla-on de la propriété même de ces choses, à la charge, par celui ii en devenait propriétaire, de rendre, à l'époque où son droit usufruit se serait éteint, à supposer qu'il eût acquis un véri-ble usufruit, des choses semblables. Ainsi, lorsque je voulais ous concéder un droit d'usufruit sur une barrique de vin, je ous transférais la *propriété* de cette barrique; de votre côté, vous eniez l'engagement de me restituer, à l'époque où votre usu-uit cesserait si je vous transférais un véritable droit d'usufruit, ie barrique de vin de même quantité et qualité. Cet arrange-ent ne constituait pas, à proprement parler, une translation usufruit; mais il avait avec l'usufruit proprement dit une très rande analogie. Et, en effet, comme dans l'usufruit, l'une des rties acquérait l'usage d'une chose, sous l'obligation de faire ie restitution. Seulement, au lieu de rendre la chose même dont le avait eu l'usage, elle rendait une autre chose; comme cette iose était en tous points semblable à celle que le propriétaire ait aliénée, celui-ci se trouvait, en quelque sorte, dans la même sition que le nu-propriétaire auquel on rend sa propre chose. y avait donc là l'équivalent parfait d'un usufruit proprement t; mais, comme en définitive ce n'était qu'un équivalent, on ppela *quasi-usufruit.*

3° L'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui, *ais à la charge d'en conserver la substance* (1).

Les rédacteurs du Code ont accepté et reproduit cette der- Les rédacteurs du

(1) Comp. M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. I, p. 533 et suiv. la 3e édition.

Code ont-ils eu raison d'accepter cette troisième traduction ?

nière traduction des mots *salva rerum substantia*. Ont-ils eu raison ? Qu'importe ! chacune de ces traductions exprime une idée vraie, et chacune de ces idées a été consacrée dans notre droit : dès lors à quoi bon débattre sur ce point?

Qu'entend-on ici par *substance ?*

Quelles conséquences faut-il tirer du principe que l'usufruitier n'a le droit de jouir qu'à la charge de conserver la substance de la chose sujette à son droit?

1503. — Fixons-nous bien sur le sens du mot *substance*. En philosophie, la *substance* d'une chose est la chose même, considérée abstraction faite de ses qualités : c'est l'être qui subsiste par lui-même et auquel viennent adhérer certaines qualités. En droit, où l'on n'estime les choses que par l'utilité qu'on en retire, la substance d'une chose consiste, au contraire, dans l'ensemble des qualités qui constituent son utilité ; et, comme, parmi les qualités utiles d'une chose, *sa forme* même figure au premier rang, c'est principalement dans *sa forme* que sa substance consiste. Ainsi la substance d'une chose est l'ensemble des qualités utiles qui, la distinguant de toute autre chose, lui impriment une dénomination qui lui est propre et qui ne peut convenir qu'à elle; en sorte que, si ces qualités viennent à disparaître, sa dénomination disparaît avec elle : il faut alors un autre mot pour la désigner. Par exemple, la substance d'une maison c'est d'être maison, c'est-à-dire un assemblage de matériaux disposés en un arrangement tel qu'on puisse s'y fixer et y habiter. La maison s'écroule-t-elle, sa substance est détruite : car, bien que chacune de ses parties subsiste matériellement, elles n'existent plus avec cette disposition particulière qui en faisait une maison.

Peut-il changer la *destination* des choses dont il a le droit de jouir ?

L'usufruitier ne peut donc anéantir matériellement, ni physiquement, la chose dont il a le droit de jouir, ni même la modifier dans ses qualités essentielles; obligé d'en conserver la *substance*, il est tenu de lui laisser les qualités qui forment son caractère distinctif et la font désigner sous le nom qu'elle porte. Ainsi, il ne pourrait point démolir une *maison* pour en faire un *jardin*, ni transformer une *vigne* en une *terre de labour*. Et non seulement il ne lui est point permis de transformer la *substance*, des choses dont il a la jouissance, mais il lui est, en outre, défendu de leur faire subir des changements qui, sans dénaturer leur *substance*, modifieraient leur *destination*. C'est ainsi qu'il ne pourrait point d'un cheval de selle faire un cheval de voiture, ou d'un habit de ville un vêtement de théâtre, et réciproquement. De même, il ne lui serait point permis de changer la distribution des appartements ou la disposition et l'arrangement d'un jardin d'agrément.

Quels changements a-t-il le droit de faire ?

Les seuls changements qui lui soient permis sont ceux qui, sans toucher à la *substance* et à la *destination* des choses, ne font que les améliorer. Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'il mette dans les appartements des boiseries ou des peintures sur les murs dégarnis ou couverts d'un simple papier.

1504. — Résumons. L'usufruit consiste dans le droit de jouir de la chose d'autrui.

C'est un droit essentiellement temporaire, et non transmissible aux héritiers.

C'est un droit réel.

C'est un droit mobilier ou immobilier, suivant la nature de la chose sur laquelle il porte.

L'usufruitier doit jouir comme le propriétaire, à supposer que le propriétaire fût un bon père de famille.

Il est tenu de conserver la *substance* et la *destination* des choses dont il jouit, c'est-à-dire de leur laisser les qualités qui font qu'elles ont le nom qu'elles portent, et de s'en servir selon l'usage auquel leur nature ou la volonté du propriétaire les a destinées.

II. — *Comment s'établit l'usufruit.*

1505. — L'usufruit peut être acquis :

1° *Par l'effet de la loi; 2° par la volonté de l'homme ; 3° par la prescription.* Art. 579.

Comment s'établit l'usufruit?

Par l'effet de la loi... Cela a lieu :

Dans quels cas est-il établi par la loi?

1° Dans le cas de l'article 384, qui accorde au père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation ;

2° Dans le cas de l'article 754, qui, lorsqu'un enfant est décédé, accorde au survivant des père et mère l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. Voici l'espèce : Une personne meurt, laissant, d'une part, son père, et, d'autre part, des collatéraux maternels. La succession se divise en deux portions égales, l'une pour le père, l'autre pour les collatéraux maternels. Le père reçoit, en outre, l'usufruit d'un tiers de la portion attribuée aux collatéraux maternels qui concourent avec lui. — Le résultat serait le même si le *de cujus* avait laissé sa mère et des collatéraux paternels.

Les deux usufruits constitués par la loi sont-ils régis par les mêmes règles?

Le premier de ces deux usufruits légaux, la jouissance des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés, n'est pas, à vrai dire, un usufruit proprement dit, c'est-à-dire un véritable démembrement du droit de propriété : c'est un attribut de la puissance paternelle. Aussi n'est-il point dans le commerce : il n'est donc ni cessible, ni saisissable, ni susceptible d'hypothèque (voy. le n° 1056). Il en est différemment de l'usufruit constitué par l'article 754 : celui-ci est un usufruit proprement dit, un véritable démembrement du droit de propriété, soumis à toutes les règles de l'usufruit ordinaire (1).

(1) Il existe aujourd'hui dans nos lois un troisième cas d'usufruit légal. L'art. 1er de la loi du 14 juillet 1866 *sur les droits des héritiers et ayants cause des auteurs* est ainsi conçu :

« La durée des droits accordés par les lois antérieures aux héritiers, suc-
« cesseurs irréguliers, donataires ou légataires, des auteurs, compositeurs ou
« artistes, est portée à cinquante ans à partir du décès de l'auteur. — Pen-
« dant cette période de cinquante ans, le conjoint survivant, quel que soit le

Dans quels cas l'usufruit est-il constitué par le fait de l'homme? Ne peut-on pas l'acquérir par prescription?

1506. — *Par la volonté de l'homme...*, c'est-à-dire par l'effet soit d'une *convention* à titre onéreux (une vente par exemple), ou à titre gratuit (une donation), soit d'un *testament*.

Par la prescription... (Voy. les *Form.* 193 et 194. — Voy. aussi l'explic. des art. 2219, 2265 et 2266).

Peut-il, comme en droit romain, être constitué par adjudication?

1507. — L'usufruit pouvait, à Rome, être constitué *par adjudication...* Lorsqu'une chose commune entre deux personnes n'était point commodément partageable, et qu'aucun des propriétaires ne consentait à la prendre sous la condition de payer une somme d'argent à l'autre propriétaire, le juge pouvait adjuger à l'un d'eux l'usufruit, et à l'autre la nue-propriété. Cet arrangement présentait un inconvénient : la durée de l'usufruit étant incertaine, chacun des copartageants courait des chances de gain ou de perte qu'il n'aurait pas acceptées peut-être s'il eût été libre. Les rédacteurs du Code ont pensé qu'un pareil *alea* ne devait pas être imposé aux parties. Elles peuvent sans doute, si elles sont d'accord à cet effet, prendre l'une l'usufruit, l'autre la nue-propriété; mais, si cet arrangement ne leur convient pas, le juge ne peut pas le leur imposer. Dans ce cas, la chose commune est *licitée,* c'est-à-dire vendue aux enchères, et l'argent qui en provient partagé entre les parties (art. 827 et 1686).

III. — *Des modalités dont l'usufruit est susceptible.*

Art. 580.

Sous quelles modalités l'usufruit peut-il être constitué? Quand est-il constitué *purement et simplement?* De combien de manières peut-il être constitué *à terme?*

1508. — L'usufruit peut être constitué :

Purement et simplement, c'est-à-dire sans terme ni condition. Dans ce cas, il naît dès que la convention par laquelle on le constitue est formée, ou dès l'instant de la mort du testateur, s'il est établi par testament. Il dure alors jusqu'au décès de l'usufruitier.

A terme, c'est-à-dire pour ne commencer qu'à partir de tel jour (*ex die*), ou pour finir à partir de telle époque déterminée (*ad diem*). Je vous lègue l'usufruit de mes biens, *à compter d'un an après ma mort :* c'est le terme *a quo,* il fixe le moment où s'ouvre le droit à l'usufruit. — Je vous lègue l'usufruit de mes biens *pour dix ans :* c'est le terme *ad quem,* il fixe le moment à partir duquel l'usufruit prend fin. Mais remarquez que l'usufruit cesserait même avant l'expiration de ce délai si l'usufruitier décédait plus tôt : la vie de l'usufruitier est, en effet, un *maximum* de durée qu'on ne peut jamais dépasser (voy. les nos 1616 et 1618).

« régime matrimonial, et indépendamment des droits qui peuvent résulter en « faveur de ce conjoint du régime de la communauté, a la simple jouissance « des droits dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé par acte entre-vifs ou « par testament. — Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette « jouissance est réduite, au profit de ces héritiers, suivant les proportions et « distinctions établies par les art. 913 et 915 du Code civil. — Cette jouis- « sance n'a pas lieu lorsqu'il existe, au moment du décès, une séparation de « corps prononcée contre ce conjoint. Elle cesse au cas où le conjoint con- « tracte un nouveau mariage. » — Voy. aussi les art. 13 et 14 de la loi du 25 mars 1873, *sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie.*

Ou *sous condition,* c'est-à-dire pour *naître* (la condition est alors *suspensive*) ou pour *cesser* (la condition est dite alors *extinctive*) si tel événement qui est incertain arrive. De combien de manières, *sous condition?*

La condition *suspensive* (je vous lègue l'usufruit de mon bien si mon fils revient d'Afrique) tient en suspens l'ouverture du droit : l'usufruitier n'a alors que l'espoir de l'être un jour. La condition *extinctive* (l'usufruit que je vous lègue cessera si mon fils revient d'Afrique) tient en suspens, non plus l'acquisition de l'usufruit, mais son extinction : le droit est alors acquis *hic et nunc,* mais il cesse si la condition se réalise.

IV. — *Quels biens sont susceptibles d'usufruit.*

Art. 581.

Quels biens sont susceptibles d'usufruit ?

1509. — L'usufruit peut être constitué sur toute espèce de biens, sur les meubles comme sur les immeubles, sur les choses incorporelles comme sur les choses corporelles. Ainsi, il peut l'être sur une créance, sur une rente perpétuelle ou viagère, et même sur un autre droit d'usufruit (voy. les nos 1535 et suiv.).

Les choses qui se consomment *primo usu* en sont-elles susceptibles ?

Comment l'appelle-t-on lorsqu'il est constitué sur des choses de cette nature ?

Pourquoi l'appelle-t-on alors *quasi-usufruit?*

On peut enfin le constituer sur les choses qui se consomment *primo usu;* mais c'est alors un usufruit improprement dit, c'est-à-dire un *quasi-usufruit* (voy. les nos 1502, 1525 et suiv.).

Quant aux servitudes réelles, elles sont toujours et nécessairement comprises, à titre d'accessoire, dans l'usufruit du fonds dont elles augmentent l'utilité (voy. le no 1552) ; mais elles ne peuvent point faire l'objet principal et direct d'un droit d'usufruit, car elles n'ont point d'existence propre et indépendante du fonds auquel elles sont attachées.

Section première. — Des droits de l'usufruitier.

I. — *Règle générale.*

Art. 582.

Est-il exact de dire que l'usufruitier a le droit de jouir *des fruits* que produit l'objet dont il a l'usufruit ?

Quelle est donc l'idée que la loi a voulu exprimer sous cette formule inexacte ?

1510. — Le Code la donne, mais en termes inexacts.

« L'usufruitier, porte l'article 582, a le droit de *jouir des fruits* que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. » Prise à la lettre, cette disposition signifierait que l'usufruitier acquiert sur les fruits qu'il perçoit, non pas un *droit de propriété,* mais un *simple droit de jouissance,* c'est-à-dire un droit d'*usufruit;* d'où il faudrait conclure qu'au lieu d'avoir le droit d'en disposer, il devrait les capitaliser pour en tenir compte au nu-propriétaire, qui se trouverait ainsi avoir la meilleure partie de la jouissance de la chose. Il est évident que rien de semblable n'a lieu. L'usufruitier a le droit de jouir, non pas des *fruits* qu'il perçoit, mais de la *chose* qui les donne. Quant aux fruits qu'il en retire, il en acquiert la propriété, et avec elle le droit d'en *disposer*. Notre article doit donc être corrigé. Il faut le lire ainsi : L'usufruitier a

le droit de percevoir et d'acquérir pour lui, en toute propriété, les fruits que produit la chose sur laquelle son droit est établi.

Le droit de l'usufruitier est-il borné aux *fruits* de la chose?
En résumé, quelle est l'étendue de son droit?

Conçue en ces termes, notre règle cesse d'être inexacte; mais elle est *incomplète*. Le droit de l'usufruitier n'est pas, en effet, borné aux *fruits* de la chose; il comprend également les *services* ou l'*usage* auxquels elle est propre. Ainsi, lorsqu'un usufruit est établi sur une maison, l'usufruitier peut en *user* en l'habitant, ou lui faire produire des *fruits* en la mettant en location. De même, si une jument est comprise dans un usufruit, l'usufruitier a le double droit de s'en servir (c'est-à-dire de la faire travailler) et de gagner les fruits (le croît) qu'elle donne.

La loi eût donc été à la fois plus exacte et plus complète si elle eût dit : L'usufruitier a le droit de *jouir* de la chose, c'est-à-dire d'en retirer tous les *services* et d'en percevoir tous les *fruits*.

L'usufruitier acquiert-il tous les *produits* de la chose?

1511. — Outre les *services* et les *fruits* qu'on peut retirer d'une chose, il y a encore des *produits* qui n'ont pas le caractère de *fruits*. Les *services* et les *fruits* sont pour l'usufruitier; les *produits* restent au propriétaire. Il importe donc de distinguer, parmi les profits qu'une chose peut donner, ceux qui ont de ceux qui n'ont pas le caractère de *fruits*.

II. — *Ce qu'on doit entendre par fruits.*

Art. 583 et 584.

Tous les *produits* sont-ils des *fruits*?

1512. — Dans un sens large et au regard du propriétaire, tout ce qui vient de sa chose est un *fruit*. Cela comprend, non seulement les produits qu'elle peut donner périodiquement, sans être détruite même en partie, mais encore les fractions qui, étant détachées d'elle, constituent une destruction partielle. A l'égard de l'usufruitier, le mot *fruit* a un sens plus restreint. L'usufruitier n'a droit qu'aux *revenus* de la chose; il n'a aucun droit au *capital*. Les produits n'ont donc, quant à lui, le caractère de *fruits* qu'autant qu'ils ont le caractère de *revenus*.

On entend par *revenus* les produits qu'on peut retirer d'une chose, sans la détruire en tout ou en partie.

Les produits périodiques, c'est-à-dire qui naissent et renaissent d'une chose, à certains intervalles plus ou moins rapprochés, n'en absorbent pas la valeur.

Les fruits sont donc les produits périodiques d'une chose, c'est-à-dire tout ce qui naît et renaît périodiquement d'elle : *fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*.

1513. — Toutefois, la volonté du propriétaire a pu changer, modifier *la destination de la chose*, et, par cette modification, élargir ou restreindre la classe des fruits qu'elle peut donner.

Les extraits des carrières et des mines sont-ils des fruits?
A qui appartiennent-ils? à l'usufruitier ou au nu-propriétaire?

Ainsi, en principe, les extraits des carrières et des mines ne sont point des fruits : car, 1° ils ne sont point *produits* par la chose de laquelle on les retire; 2° ils la détruisent en partie, et peuvent finir par l'absorber si on les prend très profondément dans le sol

et sur une grande étendue. Ce sont des bénéfices pris *sur le capital*. Cependant, si le propriétaire a ouvert dans son fonds une carrière ou une mine, le fonds étant dès lors destiné à ce mode d'exploitation, les extraits qu'on en retire sont fictivement considérés comme des produits, et, par suite, comme des fruits. En conséquence, les extraits des carrières et mines établies par le propriétaire ***avant la constitution d'usufruit*** appartiennent à l'usufruitier; ceux, au contraire, qui proviennent des mines ou des carrières qui n'ont été ouvertes qu'***après l'établissement de l'usufruit*** restent au propriétaire (art. 598).

Ainsi encore, les arbres sont des produits du sol; on peut les percevoir à des époques périodiques : ce sont donc des *fruits*. Cependant, si le propriétaire, au lieu de les couper périodiquement, les a *réservés* et laissés grandir, ils cessent alors d'être considérés comme des *revenus :* c'est un *capital* qu'il a mis en réserve sous le titre de *haute futaie.* Si après avoir amassé ce capital il le fractionne en parties pour le percevoir à des époques périodiques, c'est-à-dire s'il met sa haute futaie *en coupes réglées,* les bois, changeant de nouveau de caractère, deviennent alors de véritables revenus, ou, en d'autres termes, des fruits. En conséquence, l'usufruitier a ou n'a pas le droit de percevoir pour lui les bois des hautes futaies, suivant qu'elles étaient déjà ou qu'elles n'étaient pas encore mises en coupes réglées au moment de la constitution de l'usufruit.

Les arbres sont-ils des fruits?
A qui appartiennent les arbres provenant d'une haute futaie? à l'usufruitier ou au nu-propriétaire?

1514. — On voit donc qu'en matière d'usufruit il faut, pour distinguer les *fruits,* que l'usufruitier a le droit de percevoir pour lui, des *produits* qui doivent rester au propriétaire, s'attacher à la *périodicité* des produits et à la *destination* de la chose qui les donne : les *fruits* sont les revenus qu'une chose produit *périodiquement d'après sa destination*. Sont, par conséquent, en dehors des *fruits :*

A quels signes faut-il s'attacher pour reconnaître les fruits?

1° Les extraits des carrières et mines qui n'étaient pas encore ouvertes à l'époque où l'usufruit a été constitué;

2° Les arbres des futaies qui, à la même époque, n'étaient pas mises en coupes réglées;

3° Le trésor qu'on a découvert dans le sol. Le trésor, en effet, n'est pas un produit; et, alors même qu'on le considérerait fictivement comme un produit, il serait impossible de le ranger dans la classe des produits *périodiques*. D'ailleurs, aucune terre *n'est destinée* à produire des trésors.

Le trésor est-il un fruit?

1515. — Certaines choses sont par elles-mêmes improductives. Telles sont les maisons, les sommes d'argent : les choses de cette nature n'ont point de produits. Cependant on peut, à leur occasion, réaliser des bénéfices. Ainsi, le propriétaire qui loue sa maison perçoit des revenus ou loyers périodiques. Le capitaliste qui prête son argent ou qui le constitue en rente, en retire des intérêts ou des arrérages. Ces bénéfices, que la chose ne produit

N'existe-t-il point des fruits appelés *civils?*

pas elle-même, mais qu'on gagne à son occasion, ont été rangés parmi les fruits, sous le nom de *fruits civils*.

III. — *Division des fruits.*

Combien la loi distingue-t-elle d'espèces de fruits? Que faut-il entendre par fruits *naturels*?

1516. — La loi distingue trois sortes de fruits, savoir :

1° Les fruits *naturels* : ce sont ceux que la terre produit d'elle-même, spontanément et sans culture, comme les bois, le foin et la plupart des arbres à fruits. Le produit et le croît des animaux sont également des fruits naturels ;

Par fruits *industriels*?

2° Les fruits *industriels* : ce sont ceux que la terre ne produirait pas sans le travail de l'homme, par exemple, les blés, les légumes, les raisins ;

Par fruits *civils*?

3° Les fruits *civils*, c'est-à-dire les revenus que la chose ne produit pas, mais qu'on gagne à son occasion. Tels sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes *exigibles*, les *arrérages* des rentes (voy., sous le n° 1392, le sens de ces mots : *intérêts des sommes exigibles, arrérages des rentes*). Tels sont encore (bien qu'ils soient la représentation des fruits *naturels* ou *industriels* produits par la chose) *les prix des baux à ferme* (voy. le n° 1523).

Y a-t-il quelque intérêt à distinguer les fruits *naturels* et *industriels* des fruits *civils*? En est-il de même de la distinction entre les fruits *naturels* et les fruits *industriels*?

1517. — La distinction des fruits naturels ou industriels, d'une part, et des fruits civils, d'autre part, est fort importante : car, tandis que les premiers ne s'acquièrent que *par la perception*, les seconds s'acquièrent *jour par jour*.

Quant à la division des fruits en fruits *naturels* et fruits *industriels*, elle n'a dans notre droit aucune utilité : ce qui est vrai des uns étant également vrai des autres, les mêmes règles les régissent. Nous cesserons donc de les distinguer, et désormais, lorsque nous parlerons des fruits *naturels*, nous entendrons, sous ce terme générique, tous les fruits autres que les fruits *civils*.

IV. — *Comment l'usufruitier acquiert les fruits.*

Art. 585.

Comment l'usufruitier acquiert-il les fruits naturels? Quand sont-ils réputés *perçus*?

1518. — Le mode d'acquisition diffère, avons-nous dit, suivant qu'il s'agit des fruits *naturels* ou des fruits *civils*.

1° *De l'acquisition des fruits naturels.* — Les fruits naturels s'acquièrent *par la perception*. Le fait de la perception est indispensable, mais il suffit.

Quid, si l'usufruitier meurt *après* la récolte? *Quid*, s'il meurt *avant*? *Quid*, s'il meurt *pendant*?

Il y a *perception* dès que les fruits sont détachés ou séparés de la chose qui les a produits ; il n'est pas nécessaire qu'ils soient enlevés : bois abattus, bois coupés, foins fauchés, sont réputés perçus, quoiqu'ils soient encore sur le champ et non encore enlevés. Ainsi, l'usufruitier meurt-il *avant* la récolte, il n'a rien acquis ; meurt-il *après*, la récolte entière lui appartient. Meurt-il *pendant* qu'on la fait : tout ce qui est coupé passe, comme chose acquise, à ses héritiers, tout ce qui reste à couper appartient au propriétaire.

— Les fruits n'appartiennent au propriétaire qu'autant qu'ils sont encore pendants par branches ou par racines au moment de la cessation de l'usufruit (art. 585). Concluons-en que les fruits arrivés à maturité et détachés du fonds pendant la durée de l'usufruit sont acquis à l'usufruitier, alors même qu'ils ont été détachés par suite d'un cas fortuit ou par le fait d'un tiers : l'usufruitier n'a pas pu être dépouillé de son droit par suite d'un accident ou d'un délit.

Quid, si les fruits ont été, à l'époque de leur maturité, détachés par suite d'un cas fortuit ou par le fait d'un tiers?

— En résumé, tant que les fruits sont encore adhérents au sol, ils en sont une partie et se confondent avec lui. Si l'usufruit cesse alors que les fruits sont encore pendants par branches ou par racines, l'usufruitier n'a acquis aucun droit sur eux ; que si, au contraire, ils ont été détachés pendant que l'usufruit durait encore, soit par le fait de l'usufruitier, soit par accident, soit par le fait d'un tiers, le fait seul de leur séparation vaut perception, et fruits perçus sont fruits acquis (1).

(1) L'usufruitier, je le suppose, a vendu des fruits sur pied; il meurt avant que l'acheteur les ait perçus : la vente reste-t-elle valable néanmoins? Ainsi l'acheteur a-t-il le droit de faire la récolte? En cas d'affirmative, à qui le prix de vente doit-il être payé?

Premier système. *La vente est nulle; l'acheteur n'a pas le droit de faire la récolte.* Et, en effet, l'usufruitier n'a aucun droit sur les fruits tant qu'ils sont pendants par branches ou par racines. Il n'en devient propriétaire que par la perception, et, pour que la perception qu'il fait l'en rende propriétaire, il faut qu'elle ait lieu *avant l'extinction de son droit d'usufruit;* or, dans l'espèce, son droit d'usufruit s'étant éteint alors que les fruits étaient encore adhérents au sol, la condition à laquelle était subordonnée l'acquisition qu'il avait l'espoir d'en faire est défaillie : ces fruits n'ont jamais été, et ils ne peuvent plus devenir sa propriété. Dès lors, comment l'acheteur, *qui n'est que l'ayant cause de l'usufruitier*, aurait-il plus de droit que lui? En fait, l'usufruitier se trouve avoir vendu la chose d'autrui, et, par conséquent, avoir fait une vente nulle (art. 1599).

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 595, les baux que l'usufruitier a faits sans fraude sont, après la cessation de l'usufruit, obligatoires pour le nu-propriétaire. Mais, s'il en est ainsi du bail, cela tient à une raison particulière. Souvent l'usufruitier est incapable de cultiver lui-même : il faut donc, *dans l'intérêt même de l'agriculture*, lui permettre d'affermer les biens; or, si le bail qu'il consent devait nécessairement finir à la cessation de son droit d'usufruit, les fermiers, auxquels cette condition ne laisserait aucune sécurité d'avenir, refuseraient de traiter ou ne traiteraient qu'à de très mauvaises conditions pour lui. Les biens eux-mêmes en souffriraient : car, on le conçoit, un fermier qui n'a pas la certitude de garder le bien pendant un certain nombre d'années n'entreprend aucun travail d'avenir ou d'amélioration. Ces considérations ont motivé la disposition de l'art. 595; elles sont spéciales au contrat de louage. Dès lors, rien ne nous autorise, en ce qui touche la vente des fruits, à sortir du droit commun; et le droit commun, c'est que la vente de la chose d'autrui est nulle.

En ce sens, Proud., *Traité de l'usufruit*, t. II, n[os] 991 et 995; MM. Val., à son cours; Marc. sur l'art. 585; Demol., t. II, n° 358.

Deuxième système. *La vente est valable; le nu-propriétaire est tenu de la respecter.* Si les baux consentis sans fraude par l'usufruitier sont, après la cessation de l'usufruit, obligatoires pour le nu-propriétaire, c'est évidemment que l'usufruitier, ayant le droit de jouir comme le propriétaire, a par là même le pouvoir de faire des actes *d'administration*. Or, si la vente des fruits

A qui appartiennent les fruits pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit a été constitué? Est-il exact de dire qu'ils appartiennent à l'usufruitier?

Quid, si l'usufruitier meurt avant de les avoir perçus?

S'il les perçoit, doit-il rembourser au propriétaire les frais de labour et de semence?

1519. — L'article 585 fait l'application de ces principes : 1° aux fruits qui étaient pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit a été constitué; 2° aux fruits qui étaient dans le même état à l'époque où il a cessé.

« Les fruits pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, y est-il dit, *appartiennent* à l'usufruitier... » Il y a là une inexactitude. Ces fruits n'appartiennent pas à l'usufruitier : car, étant adhérents au sol, ils font partie du fonds et se confondent avec lui : c'est donc au propriétaire du fonds qu'ils appartiennent. La loi s'est mal exprimée. Elle a voulu dire : L'usufruitier, bien qu'il n'ait pas fait les frais de semence et de labour, a le droit de percevoir les fruits qui sont pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert. Il en deviendra propriétaire s'il les perçoit avant l'extinction de son droit d'usufruit, son usufruit n'eût-il d'ailleurs duré que quelques jours ; sinon, ils resteront dans le domaine du propriétaire.

A qui appartiennent les fruits pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit s'éteint?

Quant aux fruits qu'il a lui-même préparés par ses semences et par les travaux accomplis à ses frais, la règle est la même. S'il a fait la récolte alors que son usufruit existait encore, tant mieux pour lui : la récolte lui appartient. Est-elle pendante par branches ou par racines quand son droit cesse : tant pis pour lui, la récolte appartient au propriétaire.

Le propriétaire qui en profite doit-il rembourser les frais de labour et de semence?

Pourquoi ne le doit-il pas?

1520. — Ainsi, tout est aléatoire entre l'usufruitier et le propriétaire. L'usufruitier ne doit aucune indemnité au propriétaire, à raison de la récolte qu'il a trouvée préparée au moment où l'usufruit a pris naissance; et réciproquement le propriétaire ne lui en

a été faite de bonne foi, conformément à l'usage et aux époques habituelles, elle a alors tous les caractères d'un acte d'administration. C'est même un acte moins étendu que le bail : donc, *a fortiori*, il oblige le propriétaire! Après tout, la vente d'une récolte à faire n'est qu'un bail limité, restreint à une année; ou, si on l'aime mieux, le bail n'est, au fond, que la vente de plusieurs récoltes à percevoir. Dès lors, pourquoi des règles différentes? Le propriétaire, qui peut être obligé de subir un bail de neuf ans et de souffrir que le fermier fasse neuf récoltes, ne saurait avoir le droit d'annuler un bail limité à une seule année, je veux dire la vente d'une seule récolte à faire!

Dans ce système, l'acheteur a le droit de faire la récolte. Quant au prix, ce n'est pas aux héritiers de l'usufruitier qu'il le doit : car ce prix est la représentation de fruits sur lesquels l'usufruitier n'a acquis aucun droit. Ces fruits sont passés du domaine du propriétaire dans celui de l'acheteur : le prix qui les représente est dû, par conséquent, au propriétaire.

En ce sens, Toull., t. II, n° 401 ; Dur., t. IV, n° 554; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 595; Dem., t. II, n° 434 *bis*, IV-V; Aubry et Rau, t. II § 230, p. 490. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation, du 21 juillet 1818. — M. Demol. reconnaît (t. II, n° 359) que cette solution se recommande par des considérations assez graves pour expliquer, si ce n'est même pour justifier peut-être, l'interprétation extensive donnée à l'art. 595. — Quant à M. Laurent, la théorie qu'il expose (t. VI, n°s 477 et 478) nous paraît incompréhensible. D'une part, il admet que la vente de fruits pendants par branches ou par racines ne peut pas être opposée au propriétaire si les fruits ne sont pas encore coupés lors de l'extinction de l'usufruit. Mais, d'autre part, supposant que l'usufruitier vend une coupe au moment où elle pouvait être faite, « ne doit-on pas décider, dit-il, qu'il la perçoit? »

doit aucune pour la récolte qu'il a trouvée pendante quand l'usufruit a cessé.

C'est une exception au principe, qu'on n'acquiert les fruits qu'à la charge de rembourser les frais de labour, travaux et semences faits par des tiers (art. 548). Mais, dirons-nous, l'équité n'est pas blessée, puisque les chances de perte sont, pour chacune des parties, compensées par des chances égales de gain.

Ce système se résume en cette idée : l'usufruitier prend la chose dans l'état où elle se trouve à la naissance de l'usufruit, et le propriétaire la reprend dans l'état où elle est quand l'usufruit cesse.

1521. — Notre article comprend le cas où le fonds est cultivé par un colon partiaire. Le colon partiaire est celui qui cultive à ses frais le fonds d'autrui, sous la condition de partager avec le propriétaire les fruits qu'il en retire. On l'appelle, dans certains pays, ***métayer***, parce qu'il partage les fruits par ***meta***, c'est-à-dire par ***moitié***.

Quid, si, au moment où l'usufruit a été constitué, ou si, au moment où il cesse, le fonds est cultivé par un *colon partiaire*?

Le colon ou métayer a-t-il été établi sur le fonds, par le propriétaire, avant la constitution d'usufruit : l'usufruitier, qui prend la chose dans l'état où elle se trouve, succède aux droits du propriétaire : le colon garde la portion de fruits à laquelle il aurait droit s'il était encore en rapport avec le propriétaire; l'autre portion, celle à laquelle le propriétaire aurait droit s'il avait conservé la pleine propriété, est attribuée à l'usufruitier.

Est-ce par l'usufruitier et pendant la durée de l'usufruit que le colon a été établi : le propriétaire, qui est obligé de respecter les baux faits par l'usufruitier (art. 595), prend sa place : c'est à lui qu'est attribuée la portion de fruits que s'était réservée l'usufruitier; l'autre portion reste au colon.

1522. — 2° ***De l'acquisition des fruits civils.*** — Les fruits civils s'acquièrent *jour par jour*.

Art. 586.

Comment l'usufruitier acquiert-il les fruits civils?

Les fruits naturels s'acquièrent *proportionnellement à la perception* qu'en a faite l'usufruitier. A-t-il perçu une récolte : elle lui appartient en totalité, si courte qu'ait été la durée de son usufruit. La récolte est-elle encore pendante par branches ou par racines quand son usufruit cesse : il n'y a aucun droit. Son usufruit cesse-t-il *pendant* la récolte : tout ce qui est perçu est à lui; tout ce qui reste à percevoir appartient au propriétaire.

Il n'en est pas de même des fruits civils. L'usufruitier les acquiert *proportionnellement à la durée de son usufruit*. Ils sont, en effet, réputés perçus par cela seul qu'ils *sont nés*, et quoiqu'ils ne soient pas encore *exigibles*. Soit une maison louée à raison de 365 francs par chaque année; ce loyer, étant la représentation de la jouissance que le locataire tire de la maison, est dû proportionnellement à cette jouissance : chaque jour de jouissance fait donc *naître* l'obligation de payer 1/365 du prix total. Il est vrai que ces obligations ne sont pas immédiatement *exigibles* : elles ne le seront qu'à l'expiration du terme pris pour le paiement; mais ce

terme n'en diffère que l'*exigibilité*, et n'empêche pas que les portions du loyer correspondantes aux jours de jouissance ne soient *déjà dues*. Chaque jour de jouissance confère donc au propriétaire une petite créance de 1/365 du prix total. Or, l'*usufruitier* jouit comme le *propriétaire* lui-même : le même mode d'acquisition lui est, par conséquent, applicable.

Ainsi, chaque jour, l'usufruit attribue à l'usufruitier une créance de 1/365 des fruits civils *nés* dans l'année *durante usufructu* (1).

La même règle est-elle applicable au *prix des baux à ferme* ?

1523. — Cette règle est applicable aux *loyers des maisons*, aux *intérêts des sommes exigibles* et aux *arrérages des rentes*. Notre article ajoute qu'elle s'applique au *prix des baux à ferme*. La loi a dû le dire expressément, parce qu'il en était différemment dans notre ancien droit. Le prix des baux à ferme, étant la représentation des *fruits naturels* perçus par le fermier, ne s'acquérait autrefois que *proportionnellement à la portion des fruits naturels perçue par le fermier pendant la durée de l'usufruit*.

Quel était, sur ce point, le système suivi dans l'ancien droit ?

Ainsi, le fermier avait-il perçu toute la récolte durant l'usufruit : le prix du bail était dû en entier à l'usufruitier (2). L'usufruit cessait-il avant la perception de la récolte par le fermier : l'usufruitier n'avait aucun droit au prix du bail. Que si l'usufruit cessait *pendant la récolte*, le prix du bail n'appartenait à l'usufruitier que proportionnellement à la portion des fruits perçue; le surplus était dû au propriétaire. En un mot, les choses se passaient comme si l'usufruitier, au lieu d'exploiter le bien par un fermier, en avait joui par lui-même.

Ce système était-il conforme aux principes?

Pourquoi le Code l'a-t-il abandonné ?

Ce système était conforme aux principes; mais il était plein d'embarras, surtout lorsque l'usufruit venait à cesser pendant une récolte commencée et non encore achevée. Il fallait, en effet, pour déterminer la portion du prix du bail acquise à l'usufruitier, distinguer les fruits perçus de ceux qui ne l'étaient pas encore au moment de la cessation de l'usufruit, puis estimer ce que la portion des fruits perçue était à la récolte totale. De là enquête, expertise et ventilation; de là des procès ruineux pour les parties. Le Code a coupé court à ces difficultés, en appliquant au prix

(1) Les fruits civils ne sont point toujours *réguliers* dans leur perception : souvent leur *quantum* varie avec les différentes époques de l'année. Ainsi, les actions sur les ponts et canaux, les actions de chemins de fer, ont leur bonne saison et leur saison morte. Comment procéder alors, si l'usufruit n'a duré qu'une fraction d'année ? Faut-il attribuer à l'usufruitier la recette corrélative au temps pendant lequel a duré son usufruit? Cette attribution ne serait pas juste : elle donnerait trop ou ne donnerait pas assez à l'usufruitier. Il faut prendre la recette totale de l'année, la diviser en 365 parties et donner à l'usufruitier autant de parties que son usufruit a duré de jours (M. Bug., à son cours). — M. Demolombe (t. II, nº 281) n'admet point cette solution. L'usufruitier a, suivant lui, droit aux fruits perçus ou réputés perçus et n'a droit qu'à ceux-là (art. 582 et 586, arg.). L'usufruit est plein de chances semblables. — M. Laurent (t. VI, nºs 400 à 402) se range à l'opinion de M. Bugnet.

(2) Scévola, L. 58 pr., D., *De usufr. et quemadm.* (VII, 1).

des baux à ferme, comme au loyer des maisons, le mode d'acquisition *jour par jour*. Le prix du bail étant divisé en trois cent-soixante-cinq parties, l'usufruitier acquiert autant de parties que son droit d'usufruit a duré de jours pendant la durée du bail. Ainsi l'usufruit et le bail ont-ils duré ensemble cinquante jours : l'usufruitier a droit à 50/365 du prix du bail. Il n'y a pas à distinguer si, pendant ce temps, la récolte a été ou n'a pas été faite. Supposons-la faite en totalité : l'usufruitier n'a droit qu'à 50/365 du prix de ce bail. Supposons-la encore pendante au moment où l'usufruit cesse : la même fraction du prix du bail est due à l'usufruitier. En un mot, le droit de l'usufruitier est à la totalité des fruits civils résultant d'un bail (ou d'une location) comme la durée de l'usufruit est à la durée du bail. L'usufruit a-t-il duré autant que le bail : l'usufruitier a gagné la totalité des fruits civils. A-t-il duré moins que le bail : il n'a acquis, dans les fruits civils, qu'une fraction correspondante à la fraction de temps pendant laquelle l'usufruit et le bail ont duré ensemble.

1524. — Le colonage ne convertit point, comme le bail, les fruits naturels en *fruits civils*. Ainsi, lorsque le fonds au lieu d'être exploité par un *fermier*, l'est par un *colon partiaire*, l'usufruitier acquiert les fruits, non plus jour par jour, mais par la perception (voy. le n° 1521).

Quelle différence y a-t-il entre le cas où le fonds sujet à l'usufruit est exploité par un fermier, et celui où il est cultivé par un colon partiaire?

V. — *Des droits de l'usufruitier sur les choses qui se consomment* PRIMO USU.

Art. 587.

1525. — On ne peut user de ces choses qu'en *les consommant*; il n'est permis de les consommer qu'à celui qui a le droit d'en disposer d'une manière définitive, c'est-à-dire qui en a la propriété. Il est donc impossible d'acquérir sur elles un véritable usufruit : car l'usufruit proprement dit, c'est le droit de jouir d'une chose *dont un autre a la propriété*, et à la charge *d'en conserver la substance*.

Quel droit confère l'usufruit constitué sur des choses qui se consomment *primo usu*?

Lors donc qu'on veut constituer sur les choses de cette nature un droit d'usufruit, ce n'est que par équivalent qu'on peut le faire. Au lieu de céder le simple droit de jouissance, on cède la pleine propriété, sous l'obligation par celui qui la reçoit de restituer, à l'époque où l'usufruit finirait, s'il y avait usufruit, des choses de même espèce, quantité et bonté. Cet équivalent a été, par abréviation, appelé *quasi usufruit* (voy. le n° 1502).

1526. — L'*usufruit proprement dit* et le *quasi usufruit* diffèrent sous plusieurs rapports.

Quelles différences y a-t-il entre l'usufruit proprement dit et le quasi-usufruit?

1° L'usufruit proprement dit ne confère à l'usufruitier qu'un simple démembrement du droit de propriété, le *jus utendi-fruendi* (le droit de jouissance) sans le *jus abutendi* (le droit de disposer). Ainsi, l'usufruitier ne peut jouir de la chose sur laquelle son droit porte qu'à la charge d'en conserver la substance.

Le *quasi-usufruit*, au contraire, transfère au quasi-usufruitie non pas seulement un démembrement du droit de propriété, ma la pleine propriété, c'est-à-dire le droit de disposer de la chos comme il l'entend.

2° L'usufruitier doit rendre, non pas une chose semblable celle dont il a eu la jouissance, mais cette chose même. D'où résulte qu'il n'a rien à rendre lorsqu'elle aura péri par cas fortui et que, si elle subsiste, il en est quitte en la rendant dans l'ét où elle se trouve après l'usufruit fini, pourvu que les détériora tions qu'elle a subies ne proviennent point de sa faute (art. 13 et 1245). En d'autres termes, la chose sur laquelle un usufru proprement dit a été constitué est aux risques et périls du pro priétaire : si elle périt ou si elle se détériore, c'est lui qui souffre ; et, si elle s'améliore, c'est lui qui en profite.

Le *quasi-usufruitier*, au contraire, est tenu de rendre, non pa les choses mêmes qui lui ont été livrées, puisqu'il les a reçu pour les consommer, mais des choses de même espèce, quanti et qualité. Dès lors, qu'importe que les choses par lui reçues p rissent ou non ? Qu'importe l'état dans lequel elles se trouvent la fin de l'usufruit ? Son obligation subsiste et ne change poin il doit, dans tous les cas et à tout événement, rendre ce dont il e débiteur, c'est-à-dire l'*équivalent* de ce qu'il a reçu.

1527. — Le quasi-usufruitier doit rendre l'équivalent de ce qu a reçu ; mais en quoi consiste cet équivalent ? Ce point est rég par notre article : « L'usufruitier, y est-il dit, doit rendre d choses pareilles, en quantité, qualité et valeur, à celles qu'il a r çues, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit. »

Dans le cas de quasi-usufruit, l'usufruitier a-t-il la *faculté* de rendre des choses semblables à celles qu'il a reçues ou leur estimation ?

Cette disposition est ambigüe dans ses termes : elle ne re point clairement la pensée de la loi. L'usufruitier a-t-il *la facul* de rendre ou des choses pareille à celles qu'il a reçues ou le estimation ? A supposer qu'il ait cette faculté d'option, de quel estimation s'agit-il ? Est-ce de l'estimation des choses d'apr leur valeur à l'époque de l'établissement de l'usufruit, ou d'apr leur valeur au moment où l'usufruit prend fin ?

Trois solutions différentes ont été proposées :

A supposer qu'il ait cette faculté, de quelle estimation s'agit-il ? est-ce de l'estimation des choses d'après leur valeur *à l'époque de l'établissement de l'usufruit*, ou d'après leur valeur *au moment où l'usufruit s'éteint ?*

1528. — Premier système. — ***L'usufruitier peut, à son choi rendre ou des choses semblables à celles qu'il a reçues, ou leur es mation d'après la valeur qu'elles avaient*** AU MOMENT OU L'USUFR A ÉTÉ CONSTITUÉ (1). — Ce système a contre lui un vice capital : n'est pas équitable. Un usufruit a été constitué sur cent mesur de blé valant 2,000 fr. ; à la fin de l'usufruit, la même quantité blé ne vaut plus que 1,500 fr. : l'usufruitier, qui peut, à son choi rendre 100 mesures de blé valant 1,500 fr., ou la valeur qu'av le blé qu'il a reçu, c'est-à-dire 2,000 fr., fera sa restitution nature. Il a reçu une valeur de 2,000 fr., et il se libèrera av une valeur de 1,500 ! — Supposons, au contraire, qu'à la fin

(1) Toull., t. III, n° 398; Proud., *Traité de l'usufruit*, t. V, n° 2634.

l'usufruit les cent mesures de blé vaillent 2,500 fr. : il se gardera bien alors de faire une restitution en nature; il rendra une somme représentative de la valeur qu'avait, au moment où l'usufruit a été constitué, le blé qu'il a reçu. Ainsi, de son côté, toutes les chances favorables, et du côté du nu-propriétaire toutes les chances contraires ! Or, sur quels motifs fondera-t-on la faveur qu'on lui accorde ? Il est impossible d'en citer aucun ! L'alternative qu'on lui laisse n'a point de raison d'être : elle est donc injuste !

1529. — SECOND SYSTÈME. — *L'usufruitier peut, à son choix, rendre ou des choses semblables à celles qu'il a reçues, ou leur estimation* D'APRÈS LEUR VALEUR AU MOMENT DE LA CESSATION DE L'USUFRUIT. — Ainsi, c'est toujours la *même valeur* qu'il doit rendre; seulement, il peut la rendre *en nature* ou *en argent*. Un usufruit a été constitué sur cent mesures de blé valant 2,000 fr. : l'usufruitier devra, à la fin de l'usufruit, rendre, à son choix, ou cent mesures de blé en nature ou une somme représentative de leur valeur. Si le blé a diminué de valeur, l'usufruitier gagne la différence; si la valeur du blé qu'il doit rendre est supérieure à celle du blé qu'il a reçu, il est en perte. L'alternative qu'on lui laisse ne blesse donc plus l'équité : car, s'il a les bonnes chances résultant de la diminution de valeur, les chances contraires sont également de son côté (1).

1530. — TROISIÈME SYSTÈME. — *L'usufruitier ne jouit d'aucune alternative.* — L'article 587 prévoit deux hypothèses différentes, et, par suite, deux modes différents de restitution; mais, quelle que soit l'hypothèse dans laquelle se trouve l'usufruitier, il n'a aucun choix à faire, son obligation n'a toujours qu'une seule chose pour objet.

I. *Les choses qui ont fait l'objet de l'usufruit ont été livrées à l'usufruitier* SUR ESTIMATION. — Dans ce cas, l'usufruitier est considéré comme un acheteur des objets qu'il a reçus : l'estimation qui en a été faite *vaut vente*. Or, de même qu'un acheteur n'a pas le droit de se libérer du prix qu'il doit en forçant le vendeur à recevoir des choses semblables à celles qui ont été vendues, de même l'usufruitier n'a point la faculté de payer ou des choses semblables ou le prix d'estimation des choses qu'il a reçues; il ne doit qu'une chose, le prix d'estimation .

II. *Les choses ont été livrées à l'usufruitier* SANS ESTIMATION. — Dans ce cas, l'usufruitier doit des choses semblables à celles qu'il a reçues; son obligation n'a point d'autre objet. Or, un débiteur ne peut point, contre le gré du créancier, se libérer en payant une chose autre que celle qu'il doit (art. 1243). Le propriétaire peut donc exiger des choses semblables à celles qui ont fait l'objet de l'usufruit.

(1) Delv., t. I, p. 147; *Zach.*, t. II, p. 7. Comp. MM. Aubry et Rau, t. II. § 236, p. 525 et 526.

Ainsi, deux cas sont possibles : ou les choses ont été livrées à l'usufruitier ***sur estimation***, ou il les a reçues ***sans estimation***. Au premier cas, l'usufruitier ne peut se libérer qu'en payant le prix d'estimation; au second, il est tenu de restituer des choses semblables sans pouvoir en offrir la valeur estimative. Telle était la théorie du droit romain sur ce point. Pothier et Domat l'ont reproduite. Rien ne nous autorise à croire que les rédacteurs du Code l'ont abandonnée (1).

Lorsque les choses n'ont pas été estimées au moment de l'établissement du quasi-usufruit, l'usufruitier doit rendre des choses pareilles, en *quantité*, en *qualité* et en *valeur*, à celles qu'il a reçues : le mot *valeur* n'est-il pas de trop ?

1531. — Dans le cas où les choses n'ont pas été estimées au moment de l'établissement de l'usufruit, l'usufruitier doit, selon les termes de notre article, rendre des choses pareilles, en ***quantité***, en *qualité* et en ***valeur***, à celles qu'il a reçues. Le mot ***valeur*** est de trop, il faut le retrancher. Et, en effet, la loi entend-elle parler de la ***valeur physique***, ***intrinsèque***, des objets : cette valeur n'est autre chose que la ***qualité*** même des objets : le mot ***valeur*** fait alors double emploi avec le mot ***qualité***. Entend-elle parler de la valeur ***vénale*** des objets : elle exige alors une condition qui, dans la plupart des cas, ne pourra pas être remplie : car la valeur qu'avaient, au moment où l'usufruit a été constitué, les choses reçues par l'usufruitier, et la valeur des choses pareilles, au moment de la cessation de l'usufruit, seront rarement identiques.

Le mot ***valeur*** exprime donc, ou une condition qui se confond et fait double emploi avec la condition exprimée par le mot ***qualité***, ou une condition impossible. Donc, dans tous les cas, il faut l'effacer.

Le quasi-usufruit peut-il être constitué sur des choses qui ne se consomment pas *primo usu* ?

1532. — Notre article 587 ne s'applique pas ***uniquement*** aux choses qui se consomment par le premier usage : la théorie qu'il consacre peut également s'adapter aux choses ***fongibles***, c'est-à-dire aux choses qui, bien que ne se consommant point ***primo usu***, peuvent être, ***d'après l'intention des parties***, identiquement remplacées par d'autres. Ainsi, lorsqu'un usufruit a été constitué sur un cheval, en ces termes : « L'usufruitier disposera du cheval comme il l'entendra, à la charge par lui de rendre, à la fin de l'usufruit, non pas le même cheval, mais un cheval semblable, » cet usufruit a tous les caractères du quasi-usufruit, et il en produit tous les effets.

1533. — En résumé, les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait ne sont, en général, susceptibles que du quasi-usufruit.

Quant aux choses qui ne se consomment point ***primo usu***, on

(1) MM. Dur., t. IV, n° 577; Val. et Bug., à leurs cours; Marc., art. 587; Duc., Bonn. et Roust., même article; Demol., t. II, n° 293; Dem., t. II, n° 427 *bis*, I; Laurent, t. VI, n° 408. — MM. Aubry et Rau, qui admettent en principe le 2e système, reconnaissent cependant que, si la valeur des objets avait été fixée dans le titre constitutif du quasi-usufruit, ou si, lors de son ouverture, ils avaient été estimés *dans la vue de déterminer le mode et le taux de la restitution*, le quasi-usufruitier devrait simplement le montant de l'estimation.

peut constituer sur elles soit un usufruit proprement dit, soit un quasi-usufruit. Les parties ont toute liberté à cet égard, et tout dépend de leur intention.

La seule différence qu'il y ait entre les choses qui se consomment et celles qui ne se consomment pas *primo usu*, c'est que, pour les premières, l'usufruit qu'on établit sur elles est, à raison même de leur nature, nécessairement présumé être un quasi-usufruit, tandis que, pour les secondes, c'est la présomption contraire qui a lieu. Les parties qui établissent un usufruit sur les choses qui résistent à l'usage qu'on en fait sont présumées n'avoir en vue que l'usufruit proprement dit; mais, si elles ont exprimé une intention contraire, leur convention fait loi entre elles, et on a alors un quasi-usufruit. Il n'est pas même nécessaire que leurs volontés soient manifestées *expressément*; elles peuvent n'être que tacites, c'est-à-dire résulter des circonstances. Tout ce que la loi veut, c'est qu'elles soient certaines. Ainsi, lorsqu'un commerçant a légué l'usufruit d'un fonds de commerce, il est évident qu'il a entendu constituer, sur les marchandises, un quasi-usufruit, c'est-à-dire le droit de les vendre à la charge de les remplacer par d'autres. Autrement, quel profit, quel usage l'usufruitier en retirerait-il? Au lieu d'en être l'usufruitier, il n'en serait, en réalité, que le gardien ou le dépositaire. Ce n'est pas un droit que lui aurait légué le testateur; c'est un devoir, une charge, qu'il lui aurait imposée! et dans l'intérêt de qui lui aurait-il défendu de disposer des marchandises? Le nu-propriétaire lui-même serait victime de cette défense. Les marchandises gardées en magasin perdraient, en effet, de leur valeur; les frais de garde resteraient à sa charge; le fonds de commerce, n'étant plus exploité, périrait bientôt faute de clientèle. Le testateur n'a pas pu avoir une intention aussi déraisonnable : l'absurde est invraisemblable, et l'invraisemblable ne se présume point.

Lorsqu'un commerçant a légué à quelqu'un l'usufruit de son fonds de commerce, quel usufruit le légataire acquiert-il ? Que peut donc faire, dans ce cas, l'usufruitier ? Quel est son droit ? Quelle est son obligation ?

L'usufruitier d'un fonds de commerce peut donc disposer des marchandises, mais à la charge de les remplacer par d'autres, selon l'usage. C'est ainsi que jouissait le propriétaire; l'usufruitier doit jouir de même (art. 578). Il doit d'ailleurs se comporter en bon père de famille, il manquerait essentiellement à ce devoir s'il agissait autrement : le propriétaire perdrait son achalandage, et la boutique serait déserte à la fin de l'usufruit (1).

VI. — *Des droits de l'usufruitier sur les choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants.*

1534. — Ce cas a été expliqué par ce qui vient d'être dit. En principe, l'usufruit de ces choses est un véritable usufruit, à

Art. 589.

Quel droit l'usufruit

(1) Ne faut-il pas soigneusement distinguer l'usufruit *d'un fonds de commerce* et l'usufruit *des marchandises que comprend un fonds de commerce ?* Voy. MM. Aubry et Rau, t. II, § 236, p. 526 et suiv.; Laurent, t. VI, nos 417 et suiv.

constitué sur des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, confère-t-il à l'usufruitier?
Quid, si ces choses périssent sans la faute de l'usufruitier ?

moins qu'il ne soit démontré que les parties ont eu en vue u quasi-usufruit.

Au premier cas, l'usufruitier n'a pas le droit de disposer de choses qu'il a reçues ; il n'a que le droit de s'en servir, pour l'usage auquel elles sont destinées d'après leur nature ou d'après l volonté connue du propriétaire. Si elles périssent sans sa faute il n'a rien à rendre ; si elles subsistent encore quand son usufru cesse, il est quitte en les rendant dans l'état où elles se trouven quoique usées et diminuées par l'effet de l'usage, pourvu qu' n'en ait pas abusé.

Au second cas, il a le droit d'en disposer comme il l'entend. C ne sont pas elles qu'il doit rendre : dès lors, peu importe qu'elle périssent ou non! Il a toujours une restitution à faire. Le mode d restitution varie suivant la distinction que nous avons faite su l'article 587 (voy. le nº 1530).

VII. — Des droits de l'usufruitier d'une créance, d'une rente perpé tuelle, d'une rente viagère, et enfin d'un droit d'usufruit.

Art. 588.

Peut-on avoir un véritable usufruit sur une *créance* ou sur une *rente perpétuelle ?*
Quel droit cet usufruit confère-t-il?
Que doit rendre l'usufruitier quand cet usufruit cesse ?

1535. — Les intérêts qu'un créancier retire annuellement de s créance n'en altèrent point la substance : après dix, quinze vingt années... d'intérêts perçus, la créance qui les a produi reste entière ; aucune partie n'en a été absorbée ou détruite.

La créance qui est productive d'intérêts constitue, par consé quent, un capital productif de *fruits civils* : on peut donc avoir su elle, de même que sur un fonds productif de fruits naturels, u véritable droit d'usufruit, c'est-à-dire un simple droit de jouis sance. L'usufruitier acquiert en toute propriété les intérêts qu'el produit. Quand son usufruit cesse, il restitue la créance, de mên que l'usufruitier ordinaire restitue le fonds dont il a perçu l fruits naturels. Et, de même encore que l'usufruitier ordinai n'est point responsable de la perte du fonds dont il a eu la joui sance ou des détériorations qu'il a subies par suite de quelque c fortuit ou de force majeure, de même l'usufruitier d'une créan ne répond point des accidents qui ont pu en diminuer la valeu Qu'on suppose, par exemple, que le débiteur contre lequel el existe soit en pleine faillite quand l'usufruit vient à cesser : l'usu fruitier sera complétement quitte en la restituant dans l'état o elle se trouve.

Peut-on avoir un véritable usufruit sur une *rente viagère?*
La question ne fut-elle pas controversée dans l'ancien droit ?
Quelles étaient les raisons de douter?
Quelles ont été les raisons qui ont fait prévaloir l'affirmative?

1536. — La même théorie s'applique sans peine aux *rentes per pétuelles.*

En est-il de même des *rentes viagères?* La question fut trè vivement controversée dans notre ancienne jurisprudence. « L rente *viagère*, disait-on, est bien différente de la rente *perpétuell* Celle-ci est un véritable droit *capital*, puisqu'elle est producti d'arrérages qui n'en altèrent point la substance : après quaran ans d'arrérages perçus, elle est tout aussi entière que dans

principe. Elle constitue donc, comme les créances ordinaires, un capital productif de fruits civils, et, par suite, elle est susceptible d'un véritable usufruit.

« Il n'en est pas de même de la rente viagère. Il est, en effet, impossible de considérer comme des *fruits* les produits qui épuisent en l'absorbant le droit en vertu duquel on les acquiert (voy. le n° 1512) ; or, chaque arrérage perçu éteint en partie la rente viagère, en sorte qu'elle est complètement éteinte après qu'on a perçu tous les arrérages qu'elle est destinée à produire. Elle n'a donc point, à proprement parler, de capital : dès lors, il est impossible d'avoir sur elle un droit de jouissance, puisque la jouissance qu'on en tire en absorbe la substance. En réalité, l'usufruitier n'aurait point la jouissance de la rente ; il aurait la rente elle-même en tout ou en partie. »

Les partisans de ce système n'entendaient point cependant que la rente viagère restât absolument non susceptible d'usufruit. Divers procédés furent proposés pour l'y soumettre, et entre autres le moyen suivant: L'usufruitier de la rente viagère percevait les arrérages, non point comme *fruits*, mais comme *capitaux* : il devait, après les avoir perçus, les placer, et restituer, à la fin de l'usufruit, le total des petites créances qu'il avait acquises chaque année par ce placement; quant aux intérêts qu'il avait retirés de ces créances, il les gardait à titre de *fruits*. De cette manière, il avait l'usufruit, non pas de la *rente,* mais des *arrérages* qu'il en retirait chaque année.

1537. — Dans un autre système, on soutenait que la rente viagère, de même qu'une créance, de même qu'une rente perpétuelle, est un droit *capital*, productif de *fruits civils*. Le capital, c'est la rente elle-même, le droit de percevoir les arrérages; les fruits civils, ce sont les arrérages qu'elle produit à des époques périodiques. Sans doute, elle est destinée à périr après qu'elle aura produit des fruits pendant un certain temps, car elle est *temporaire*; mais ce ne sont pas les arrérages qu'elle a produits qui l'éteignent. Son extinction a une autre cause, l'arrivée du terme qui marquait le temps de sa durée. La rente viagère est donc un être moral parfaitement distinct des produits qu'elle donne, et, par conséquent, un droit capital susceptible d'être l'objet d'un véritable usufruit (1). Sans doute, si la rente s'éteint avant l'usufruit, l'usufruitier aura eu, en fait, le même droit que si elle eût été à lui en propriété : le droit du nu-propriétaire de la rente se trouvera réduit à néant; mais n'en est-il pas de même des autres choses? Si un animal, compris dans un droit d'usufruit, vient à périr pendant que l'usufruit dure encore, le droit de nue-propriété ne sera-t-il pas aussi réduit à néant ?

(1) C'est ce qu'enseigne Pothier, mais en supposant que la rente viagère n'est pas constituée précisément sur la tête de l'usufruitier. *Traité des donations entre mari et femme*, n°s 219 et 220.

1538. — Ce principe a été consacré par notre article 588, en ces termes : « L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution. » Ainsi, la rente s'éteint-elle pendant l'usufruit, l'usufruitier n'a rien à rendre ; subsiste-t-elle encore quand l'usufruit cesse, l'usufruitier la rend dans l'état où elle se trouve à cette époque.

Peut-on constituer un droit d'usufruit sur un autre usufruit? *Quid*, alors, si le second usufruitier meurt le premier ? *Quid*, dans le cas contraire ?

1539. — On peut aussi constituer un droit d'usufruit sur un autre droit d'usufruit (art. 1568). Si le second usufruitier meurt le premier, son usufruit seul est éteint; sa succession garde les fruits qu'il a perçus, et rend l'usufruit qui les a produits. Si, au contraire, c'est le premier usufruitier qui prédécède, les deux usufruits s'éteignent en même temps, le premier par la mort de l'usufruitier, le second par la perte de la chose (l'usufruit) sur laquelle il était établi (art. 617).

VIII. — *Des droits de l'usufruitier sur les bois.*

Art. 590 à 594.

Quand les bois sont-ils considérés comme des fruits ? Dans quels cas sont-ils considérés comme un capital auquel l'usufruitier ne doit pas toucher ?

1540. — Les bois sont considérés tantôt comme des *fruits*, et tantôt comme *un capital réservé* ou comme une partie du fonds. — Ils ont le caractère de *fruits*, lorsqu'ils sont en coupes réglées, c'est-à-dire lorsqu'ils sont destinés à être coupés à des époques périodiques ; dans le cas contraire, la loi les considère comme un *capital*, auquel l'usufruitier ne doit pas toucher.

Quid, quant aux *bois taillis* compris dans l'usufruit ?

1° *Des bois taillis.* — Les bois de cette espèce sont, par leur nature même, destinés à être coupés périodiquement, à des époques plus ou moins rapprochées : l'usufruitier a donc, *dans tous les cas*, le droit de les exploiter à son profit.

Quid, quant aux arbres des *hautes futaies* ?

2° *Des hautes futaies.* — Les hautes futaies sont, en principe, dans le patrimoine du propriétaire, comme un capital mis en réserve pour l'avenir. Mais elles changent de caractère et deviennent des fruits, lorsqu'elles ont été *mises en coupes réglées*. Ce n'est que *dans ce dernier cas* que l'usufruitier a le droit de les couper.

Comment l'usufruitier doit-il exploiter les bois taillis ?

Toutefois, l'usufruitier des bois taillis et des futaies mises en coupes réglées n'a pas le droit de les exploiter à sa guise et comme il l'entend. Et d'abord il n'en peut jouir qu'en bon père de famille (art. 601).

Il doit, en outre, observer, *quant aux bois taillis*, « l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires. »

« *L'ordre...* » c'est-à-dire la division des coupes.

« *La quotité...* » c'est-à-dire leur nombre et leur étendue.

« *Conformément à l'aménagement...* » c'est-à-dire conformément au réglement par lequel le propriétaire a organisé l'ordre et la quotité des coupes. La loi fait ici l'application du principe que l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire lui-même.

« *Ou à l'usage constant des propriétaires...* » Il se peut que l'usufruitier ne doive ou ne puisse pas suivre l'aménagement fait par le propriétaire : la loi veut alors qu'il exploite selon l'usage constant des propriétaires, c'est-à-dire de ceux qui possèdent des bois de même nature dans la même région. Je prends deux espèces.

Dans quels cas doit-il les exploiter *conformément à l'usage constant des propriétaires?* De quels propriétaires la loi entend-elle parler?

Le propriétaire du bois taillis sujet à l'usufruit ne l'avait point aménagé en bon père de famille; il en jouissait en dissipateur, en y faisant des coupes déréglées : — L'usufruitier ne peut point et ne doit point prendre pour modèle de sa jouissance l'administration qui a précédé la sienne : car, s'il doit conformer sa jouissance à celle du propriétaire, ce n'est qu'autant que cette jouissance était celle d'un bon propriétaire (voy. les nos 1495 et 1498). Dans ce cas, l'usufruitier, ne pouvant pas et ne devant pas jouir comme le propriétaire lui-même, doit se conformer à l'usage constant des propriétaires qui possèdent des bois taillis dans la même localité. La loi suppose qu'un usage qui est généralement et depuis longtemps pratiqué ne peut qu'être utile à suivre.

Le bois taillis est un semis qui n'a jamais été exploité; le propriétaire qui en a légué l'usufruit est mort avant de l'avoir aménagé : — Dans ce cas encore l'usufruitier, ne pouvant point prendre son modèle dans la jouissance du propriétaire, est renvoyé à l'usage constant des autres propriétaires de la même localité.

1541. — Quant aux bois de haute futaie mis en coupes réglées, l'usufruitier ne peut en jouir « qu'à la condition d'observer l'*usage des anciens propriétaires*, pour l'ordre et la quotité des coupes, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. »

Comment l'usufruitier doit-il exploiter les futaies dont il a le droit de jouir?

« Observer l'usage des *anciens* propriétaires... » Nous avons vu qu'en ce qui touche les bois taillis l'usufruitier doit observer l'aménagement et l'*usage constant des propriétaires*; quant aux bois de haute futaie, la loi veut qu'il observe *l'usage des anciens propriétaires*. Les termes de ces deux formules sont différents : faut-il en conclure qu'elles expriment des idées différentes? Ce n'est pas mon avis. La loi a varié ses expressions, mais au fond elle n'exprime qu'une seule et même idée. Cependant quelques auteurs ont voulu trouver une différence entre les deux cas. « En principe, ont-ils dit, l'usufruitier doit observer l'usage du nu-propriétaire; mais, si, par exception, il arrive qu'il ne le doive pas ou qu'il ne le puisse pas (voy. le n° 1540), la loi l'oblige à se conformer, quant aux *bois taillis,* à l'usage, non point des *anciens* propriétaires du bois qu'il exploite, mais des propriétaires qui ont des bois de même nature dans la même localité, tandis que, *pour les bois de haute futaie,* il est tenu d'observer l'usage des anciens propriétaires de la futaie sujette à son droit d'usufruit. »

Que faut-il entendre par cette règle qu'il n'a le droit de jouir « qu'à la condition *d'observer l'usage des anciens propriétaires?*

Cette règle diffère-t-elle de celle que la loi donne pour les bois taillis?

1542. — L'usufruitier n'acquiert la propriété des arbres qu'au

fur et à mesure qu'il les coupe. Encore faut-il qu'il les coupe à l'époque où ils doivent l'être : car il ne peut point, par des anticipations irrégulières, acquérir des bénéfices que son droit ne comporte pas. Il en résulte :

Si l'usufruitier a négligé de faire des coupes qu'il avait droit de faire, a-t-il droit à une indemnité?

D'une part, que, si l'usufruitier a négligé de faire des coupes qu'il aurait pu légitimement faire, il n'a aucun droit aux arbres qu'il n'a pas abattus, et aucune indemnité ne lui est due par le propriétaire qui en bénéficie; c'est une application du principe que l'usufruitier prend, au moment de l'établissement de l'usufruit, et que le nu-propriétaire reprend, quand l'usufruit cesse, les choses dans l'état où elles se trouvent alors (voy. le n° 1520).

Quid, s'il a fait des coupes anticipées ?

D'autre part, que, s'il a fait des coupes anticipées, et que son usufruit vienne à cesser avant l'époque régulière des coupes qu'il s'est trop hâté de faire, il est tenu d'indemniser le propriétaire.

L'usufruitier peut-il prendre, pour son chauffage, dans les hautes futaies dont il n'a pas le droit de jouir, des arbres couronnés?

A-t-il quelque droit sur les arbres tombés de vieillesse ou qui ont été brisés ou arrachés par la tempête?

Quid, cependant, s'il existe, dans le domaine sujet à l'usufruit, des bâtiments en souffrance?

Peut-il prendre des échalas pour les vignes?

1543. — 3° *Des hautes futaies qui n'ont pas été mises en coupes réglées.* — Elles constituent un capital réservé, auquel l'usufruitier ne doit pas toucher. Il ne lui est même pas permis de couper, pour son chauffage, des arbres couronnés. La loi va plus loin encore; elle lui refuse tout droit sur les arbres qui sont tombés de vieillesse ou qui ont été brisés ou arrachés par la tempête.

Cependant, s'il existe, dans le domaine sujet à l'usufruit, des bâtiments qui sont en souffrance, il peut employer à les réparer les arbres arrachés ou brisés par accident. Il peut même en faire abattre pour cet objet; mais alors il est tenu d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire. — De même, il est autorisé à prendre, dans les bois, les échalas pour les vignes qui se trouvent comprises dans son usufruit. Mais, s'il employait ces échalas pour les vignes qui lui appartiennent, ou s'il en faisait argent en les vendant, il dépasserait son droit, et il devrait une indemnité au propriétaire.

L'usufruitier a-t-il le droit de percevoir pour lui les fruits des futaies?

Quels sont ces fruits?

Les futaies produisent des fruits proprement dits, comme les glands, le liège des chênes, l'ébranchage des arbres qu'on émonde périodiquement : l'usufruitier a le droit de les percevoir pour lui et de les garder, mais toujours à la charge de se conformer à l'usage du pays ou des propriétaires.

1544. — 4° *Des arbres des pépinières.* — Ces arbres, étant destinés à être enlevés périodiquement, sont de véritables fruits : l'usufruitier a donc le droit de les acquérir pour lui par la perception qu'il en fait; mais, bien entendu, pourvu qu'il ne dégrade point la pépinière, et à la charge par lui de remplacer par de nouveaux arbres ceux qu'il enlève, le tout conformément à l'usage du pays : autrement la substance de la pépinière ne tarderait pas à être détruite.

Quid, quant aux arbres fruitiers ?

Quid, quant à ceux des arbres fruitiers qui meurent ou qui sont

1545. — 5° *Des arbres fruitiers.* — L'usufruitier n'a que le droit de percevoir les fruits qu'ils produisent; s'il coupe les arbres, il outrepasse son droit. Toutefois, quoiqu'il n'ait pas le droit de les couper, la loi lui attribue la propriété de ceux qui meurent ou

qui sont arrachés ou brisés par accident, à la charge de les remplacer par d'autres.

arrachés ou brisés par accident ?

Il y a donc une différence entre les *arbres ordinaires* et les *arbres fruitiers*, qui meurent, ou qui sont arrachés ou brisés par accident : les premiers restent au propriétaire, les seconds sont attribués à l'usufruitier. On a justifié cette différence par la considération suivante : Les arbres ordinaires ont, par eux-mêmes, une grande valeur : si la propriété devait en être acquise à l'usufruitier alors qu'ils meurent, ou qu'ils sont arrachés ou brisés par accident, il aurait un grand intérêt à les faire mourir, à les briser ou à les arracher frauduleusement. Il y avait là un danger que la loi a dû prévenir. Quant aux arbres fruitiers, au contraire, ils n'ont d'utilité réelle que par les fruits qu'ils produisent ; dès qu'ils sont morts, arrachés ou brisés, leur valeur est à peu près nulle. Il n'y avait, dès lors, aucun danger à les laisser à l'usufruitier. En les lui attribuant, on ne nuit pas d'ailleurs au propriétaire, puisque l'usufruitier ne les acquiert qu'à la charge de les remplacer.

Quel est le motif de la différence que la loi établit entre ces arbres et les arbres ordinaires ?

IX. — *Des droits de l'usufruitier sur les carrières et mines qui étaient en exploitation à l'ouverture de l'usufruit. Des carrières et mines qui n'étaient pas encore en exploitation quand l'usufruit a commencé. — Du trésor découvert dans le fonds soumis à l'usufruit.*

1546. — L'usufruitier doit jouir des choses sujettes à l'usufruit conformément à leur *destination*, et à la charge d'en conserver la forme ou la *substance* (voy. les nos 1495 et suiv.).

Art. 598.

L'usufruitier a-t-il le droit de jouir des carrières ?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

Un terrain renferme-t-il une carrière ouverte et en exploitation : sa destination est d'être une carrière : fermer la carrière et faire une vigne du terrain qui la contient, ce serait changer sa destination et par suite sa substance.

Un terrain est-il cultivé comme vigne ou comme prairie : sa destination est de produire des raisins ou des foins : y ouvrir une carrière, ce serait dénaturer tout à la fois sa destination et sa substance. — De là la distinction suivante :

L'usufruitier a le droit d'exploiter, comme le propriétaire lui-même, les carrières qui étaient déjà en exploitation au moment de la constitution d'usufruit. Quant à celles qui n'étaient pas encore en exploitation à cette époque, l'usufruitier n'y a aucun droit. En d'autres termes, l'usufruitier peut bien *continuer* l'exploitation qui a été commencée par le propriétaire ; mais il ne peut en *fonder une, la commencer*.

1547. — Il est d'intérêt public qu'une mine soit exploitée, et qu'elle le soit par des personnes qui ont le talent et les moyens suffisants pour en retirer le plus grand profit possible. Aussi la loi a-t-elle décidé : 1° que l'État peut ordonner qu'une mine sera exploitée, alors même que le propriétaire du terrain dans lequel elle se trouve ne le voudrait pas ; 2° que le propriétaire n'a pas le

Une mine peut-elle être exploitée sans l'autorisation du Gouvernement ?

A qui l'exploitation d'une mine peut-elle être concédée ?

droit de l'exploiter sans l'autorisation du Gouvernement; 3° que le Gouvernement est libre de concéder ce droit à qui bon lui semble, c'est-à-dire soit au propriétaire, s'il offre des garanties suffisantes, soit à un tiers.

Lorsque c'est un tiers qui obtient la concession, le concessionnaire paye au propriétaire une redevance annuelle (voy. la loi du 21 avril 1810) (1).

Cela posé, nous pouvons prévoir trois hypothèses :

Lorsqu'un usufruit est constitué sur des biens dans lesquels se trouve une mine exploitée par le propriétaire, l'usufruitier est-il obligé, pour en jouir, d'obtenir la permission du Gouvernement ?

1548. — Première hypothèse. — *Un droit d'usufruit est constitué sur des biens dans lesquels se trouve une mine exploitée par le propriétaire.* — Dans ce cas, l'usufruitier, qui a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même, succède à son droit d'exploitation.

Après avoir posé ce principe, notre article ajoute : « Néanmoins, l'usufruitier ne pourra jouir de la mine et l'exploiter *qu'après en avoir obtenu la permission du Gouvernement.* »

Mais, peut-on dire, puisque la mine était déjà en exploitation au moment où l'usufruit a été constitué, le propriétaire en avait donc obtenu la concession! Dès lors, à quoi bon une concession nouvelle pour l'usufruitier? Celui-ci n'est-il pas l'ayant-cause du propriétaire, et à ce titre n'a-t-il pas succédé à ses droits?

Cette difficulté s'explique historiquement.

A l'époque où le Code a été fait, les concessions de mines étaient *personnelles* au concessionnaire (2). Vendait-il son droit d'exploitation, venait-il à mourir : son ayant-cause (son acheteur ou son héritier) ne pouvait continuer l'exploitation qu'après avoir obtenu du Gouvernement une concession nouvelle. De même, lorsque le propriétaire concessionnaire de la mine constituait un droit d'usufruit sur le terrain dans lequel elle se trouvait, l'usufruitier, son ayant-cause, devait, pour être en droit de continuer l'exploitation, obtenir, à cet effet, une permission du Gouvernement. Telle est la règle énoncée dans notre article.

Cette règle a cessé d'exister. La concession d'une mine, au lieu d'être *personnelle* comme autrefois, est aujourd'hui *perpétuelle*, en ce sens qu'elle est transmissible à tous les ayant-cause du concessionnaire qui l'a obtenue (3). S'il vend la mine ou s'il meurt, son acheteur ou son héritier peut l'exploiter *sans qu'il ait besoin d'une concession particulière.* La même règle s'applique à l'usufruitier,

(1) L'art. 552 de notre Code disait déjà : « La propriété du sol emporte la « propriété du dessus et du dessous...... Le propriétaire peut faire au-dessous « toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles « tous les produits qu'elles peuvent fournir, *sauf les modifications résultant « des lois et règlements relatifs aux mines.....* »

(2) Arrêté du Directoire exécutif du 3 nivôse an VI.

(3) La mine concédée constitue une propriété distincte et séparée de la surface, comme elle immobilière, susceptible d'hypothèque, disponible entre les mains du concessionnaire, et transmissible aux héritiers. Lorsque la mine a été concédée au propriétaire du terrain qui la renferme, le concessionnaire se trouve alors avoir deux propriétés distinctes, la propriété de la mine et la propriété de la surface. Voy. la loi du 21 avril 1810, art. 7 et 19.

qui, par conséquent, n'est plus obligé, comme autrefois, d'obtenir du Gouvernement l'autorisation de continuer l''exploitation qu'il a trouvée commencée. Sous ce rapport, notre article est aujourd'hui abrogé.

1549. — SECONDE HYPOTHÈSE. — *Un droit d'usufruit a été constitué sur des biens dans lesquels se trouve une mine exploitée non pas par le propriétaire, mais par un tiers qui en a obtenu la concession.* — Dans ce cas, l'usufruitier n'acquiert point le droit d'exploitation, puisque le propriétaire ne l'avait pas lui-même. Mais, comme c'est à lui, usufruitier, qu'appartiennent les fruits civils des biens, c'est lui qui, pendant la durée de son usufruit, percevra la redevance annuelle adjugée au propriétaire (1).

Quid, si la mine était exploitée par un autre que le propriétaire du bien dans lequel elle se trouve ?

1550. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *La concession de la mine a eu lieu pendant l'usufruit.* — L'usufruitier n'a aucun droit sur la redevance, puisqu'il n'a aucun droit sur les mines qui n'étaient pas encore en exploitation quand son usufruit a pris naissance. Tout ce qu'il peut demander, c'est qu'on l'indemnise de la diminution de jouissance que lui cause l'établissement de la mine.

Quid, si la concession de la mine a eu lieu pendant l'usufruit ?

1551. — Quant au *trésor* qu'on découvre dans le fonds soumis à l'usufruit, l'usufruitier n'y a aucun droit : car, ainsi que nous l'avons dit déjà, le trésor n'est pas un fruit (voy. le n° 1514, 3°).

Lorsqu'un trésor est découvert dans un fonds sujet à l'usufruit, à qui appartient-il ?

Lorsqu'il a été découvert par un tiers, une moitié est attribuée à l'inventeur, l'autre moitié au propriétaire. Si c'est l'usufruitier qui l'a trouvé lui-même, il en gagne alors une moitié, non pas comme usufruitier, mais en sa qualité d'inventeur (art. 716).

X. — *Des droits de l'usufruitier sur les qualités actives du fonds et sur les agrandissements qu'il reçoit pendant la durée de l'usufruit.*

Art. 596 et 597.

1552. — L'usufruitier prend la chose telle qu'elle était dans les mains du propriétaire, auquel il succède quant au droit de jouissance ; il la prend avec toutes les qualités ou prérogatives qui peuvent en augmenter ou en diminuer l'utilité (art. 600). D'où il résulte :

1° Qu'il a le droit de jouir, comme le propriétaire lui-même, des servitudes actives attachées au fonds. Il est même *tenu* d'en jouir : car, s'il négligeait de les exercer pendant un certain temps, elles s'éteindraient par l'effet du *non-usage* (art. 706), ce qui engagerait sa responsabilité envers le nu-propriétaire. — Ainsi, l'exercice des servitudes actives est pour l'usufruitier, tout à la fois, un *droit* et un *devoir ;*

L'usufruitier a-t-il le droit de jouir des servitudes attachées au fonds ? Est-il *tenu* d'en jouir ?

2° Qu'il profite des attributs ou prérogatives attachés au droit de propriété, tels que les droits de pêche ou de chasse (2) ;

Ne jouit-il pas également des attributs ou prérogatives atta-

(1) Aux termes de l'art. 6 de la loi de 1810, l'acte de concession règle les droits des propriétaires de la surface sur le produit des mines concédées.

(2) MM. Aubry et Rau, t. II, § 230, p. 481 et 482.

chés au droit de propriété ?
Doit-il subir les servitudes passives ?
Profite-t-il des arrangements établis par le propriétaire, pour le service et la commodité du fonds sujet à l'usufruit, sur un autre fonds dont il a conservé la propriété ?
Quid, dans le cas inverse ?

3° Qu'il doit souffrir l'exercice des servitudes passives auxquelles le fonds est assujetti ;

4° Qu'il peut user des arrangements établis par le propriétaire pour le service et la commodité du fonds chargé de l'usufruit, sur un autre fonds dont ce dernier a conservé la propriété ;

5° Qu'enfin il doit subir les arrangements de même nature établis sur le fonds dont il a l'usufruit pour le service d'un autre fonds. — Ainsi, lorsque le fonds sur lequel est établi l'usufruit avait son chemin de sortie sur un autre fonds appartenant au même propriétaire, l'usufruitier continue de jouir de ce chemin. En sens inverse, le propriétaire conserve le droit de passer sur le fonds soumis à l'usufruit.

L'usufruitier profite-t-il de l'*alluvion* ?

1553. — Bien qu'il soit de principe que l'usufruitier reçoit la chose dans l'état où elle était au moment de l'établissement de l'usufruit, il est admis néanmoins que sa jouissance s'étend aux *alluvions* que reçoit le fonds pendant la durée de l'usufruit.

Quid, de l'île qui s'est formée dans le lit de la rivière bordant le fonds sujet à l'usufruit ?

S'étend-elle également à l'*île* qui s'est formée dans le lit de la rivière bordant le fonds sujet à l'usufruit (voy. l'art. 561)?

La négative était admise en droit romain. Il y a, disait-on, une bien grande différence entre une *alluvion* et une *île*. *L'alluvion* est un accroissement très peu sensible, ce qui ne permet point de déterminer avec précision l'augmentation qu'il apporte au fonds ; la confusion entre la chose nouvelle et l'ancienne chose est telle qu'il est impossible de les distinguer. Dès lors, comment limiter au fonds l'usufruit dont il a été grevé dans le principe? Il y a là une nécessité de fait qu'il faut subir ! — Il n'en est point de même de l'*île*. Elle constitue un fonds parfaitement séparé et distinct du fonds riverain de la rivière dans laquelle elle s'est formée ; c'est une propriété nouvelle qui, bien qu'acquise à l'occasion d'une autre propriété, a, de même que le trésor trouvé dans le sol, une existence propre et indépendante du fonds à l'occasion duquel elle a été acquise, Il n'existe donc aucune nécessité de fait ou de droit de la comprendre dans un usufruit constitué alors qu'elle n'existait pas encore.

Cette théorie est assurément peu rationnelle. Que celui qui a la *pleine propriété* du fonds riverain acquière l'île en *pleine propriété*, cela se conçoit. Mais qu'il en soit de même, alors qu'il n'a plus que la nue-propriété du fonds riverain, c'est ce qu'on a peine à comprendre. La propriété du fonds riverain étant démembrée entre deux personnes, chacune d'elles devait naturellement acquérir sur l'île le démembrement correspondant à celui qu'elles ont l'une et l'autre sur le fonds riverain.

1554. — Cependant les rédacteurs du Code me semblent avoir reproduit purement et simplement la distinction que faisait le droit romain entre l'*île* et l'*alluvion*. S'ils avaient, en effet, entendu assimiler l'*île* à l'*alluvion*, ils auraient évidemment, ou parlé de l'alluvion et de l'île, ou de l'île seulement : car, quant à l'alluvion aucun doute n'était possible. Or, c'est précisément le contraire

qu'ils ont fait : ils attribuent expressément à l'usufruitier la jouissance de l'alluvion et ne disent absolument rien de l'île.

La pensée de la loi est celle-ci : le droit de l'usufruitier est limité au fonds sur lequel il a été constitué. Ce serait aller au delà de ce qu'ont voulu les parties que l'étendre sur les choses qui, bien qu'acquises par le nu-propriétaire à l'occasion du fonds sujet à l'usufruit, constituent néanmoins une propriété distincte et séparée. Si l'alluvion profite à l'usufruitier, c'est que l'augmentation qu'elle apporte au fonds, n'étant point susceptible d'être distinguée et séparée du fonds lui-même, s'absorbe en lui (1). — Je déciderais donc, par analogie de motifs, que l'usufruitier profite de toutes les accessions qui augmentent la propriété de la chose sujette à usufruit, sans constituer à côté d'elle une propriété distincte ayant une existence propre et indépendante ; en d'autres termes, de tous les accessoires qui se confondent et s'absorbent dans la chose sur laquelle est établi son droit d'usufruit. C'est ainsi, par exemple, qu'il profiterait des poissons, des lapins ou des pigeons venus d'un étang, d'une garenne ou d'un colombier, dans l'étang, la garenne ou le colombier dont il a la jouissance.

1555. — Si le fonds sujet à l'usufruit est envahi par un fleuve ou par une rivière qui a changé de cours, l'usufruitier doit avoir, à titre d'indemnité, la jouissance du lit abandonné : car il serait absurde que le nu-propriétaire, qui n'a perdu que la *nue-propriété* du fonds envahi, reçût, à titre d'indemnité, la *pleine propriété* de l'ancien lit (art. 563). L'usufruitier a souffert comme lui : l'équité demande donc qu'il reçoive aussi sa part d'indemnité.

Si le fonds sujet à l'usufruit est envahi par un fleuve ou par une rivière qui a changé de cours, l'usufruitier doit-il recevoir, à titre d'indemnité, la jouissance du lit abandonné?

XI. — *De la faculté accordée à l'usufruitier*, 1° *de donner à ferme les biens sujets à l'usufruit ;* 2° *de vendre ou de céder son droit.*

Art. 595.

1556. — L'usufruitier n'est pas toujours en position d'exploiter par lui-même les biens soumis à son droit d'usufruit ; mille causes peuvent l'en empêcher, sa jeunesse, son grand âge, le manque d'argent, une absence, des fonctions publiques... La loi a dû, en conséquence, et afin que les biens ne restent pas improductifs en ses mains, lui permettre d'en jouir par l'intermédiaire d'un autre. De là la double faculté d'affermer les biens, ou de céder le droit de jouissance qu'il a sur eux.

1557. — 1° *De la faculté d'affermer les biens.* — *Des biens auxquels s'applique cette faculté.* — On appelle *bail à ferme* le louage des héritages ruraux, et *bail à loyer* celui des maisons ou des meubles (art. 1711). Il n'est question, dans notre article, que des *baux à ferme*. Il semble donc qu'on serait en droit d'en conclure que

L'usufruitier peut-il *affermer les biens ruraux ?*

(1) MM. Aubry et Rau, t. II, § 230, p. 487.

l'usufruitier ne peut louer ni les *maisons* ni les *meubles* sujets à l'usufruit.

Peut-il *louer* les *maisons* ?

Quant aux *maisons*, cette conclusion est inadmissible. L'usufruitier a le droit de jouir des choses d'après leur destination; or, quelle est, dans les mains d'un propriétaire, la destination naturelle d'une maison, si ce n'est d'être habitée, ou d'être donnée en location?

Quid, quant aux *meubles* ?

Au contraire, en ce qui touche les *meubles*, l'usufruitier n'a pas, en principe, le droit de location : car les meubles, en général, ne sont point, par leur nature, destinés à être loués; les propriétaires ne recourent, en effet, que fort rarement à ce mode de jouissance.

Certains meubles cependant comportent, à raison de leur nature exceptionnelle, cette destination particulière. Il se peut même que le propriétaire, dont la jouissance doit toujours servir de guide à l'usufruitier, ait destiné ses meubles ordinaires à cet usage. Dans l'un et l'autre cas, mais dans ces cas seulement, l'usufruitier aura le droit de louer. Ainsi, il n'est point douteux que l'usufruitier d'un magasin de costumes, d'un cabinet de lecture ou d'un relais de poste, ne puisse louer des costumes, des livres ou des voitures.

Les baux à ferme ou à loyer consentis par l'usufruitier cessent-ils, dès que l'usufruit s'éteint ?

1558. — *De la durée des baux à ferme ou à loyer consentis par l'usufruitier.* — Le droit d'usufruit, étant attaché à la personne de l'usufruitier, ne lui survit point (art. 617). Or, comme on ne peut point transférer des droits plus étendus que ceux qu'on a, il semble, à ne consulter que la logique des principes, que les baux consentis par un usufruitier doivent nécessairement cesser dès que son droit s'éteint.

C'est, en effet, ce que décidaient les jurisconsultes romains. Ainsi, à la mort de l'usufruitier, le fermier pouvait être expulsé par le propriétaire.

Ce système ne profitait à personne : l'usufruitier, le propriétaire et la société en souffraient également. L'usufruitier ne pouvant consentir qu'un bail tout à fait précaire, personne ne consentait à traiter avec lui, ou, si l'on traitait, ce n'était qu'à des conditions fort onéreuses pour lui et pour le bien. Les fermiers, quand il parvenait à en trouver, ne songeaient qu'à tirer des biens, dans le plus bref délai, et en les malmenant, le plus grand profit possible; au lieu de les améliorer par de grands travaux d'avenir, ils les épuisaient. De là un dommage pour le propriétaire et pour la société.

Le Code a fait cesser cet état de choses. Le bail ne s'éteint plus de plein droit par la mort de l'usufruitier qui l'a consenti; la loi le maintient à l'égard du propriétaire, qu'elle oblige à le respecter, non pas pour toutes les années qui restent à courir au moment de l'extinction de l'usufruit (car, si elles sont nombreuses, ce serait porter une trop grande atteinte à son droit de propriété que de le forcer de subir, pendant un grand nombre d'an-

nées, un bail qu'il n'a point consenti), mais seulement pour un temps limité, dont le maximum est de *neuf ans*.

1559. — Le système suivi est fort ingénieux. Le bail consenti par l'usufruitier est divisé en périodes de neuf ans. Quand l'usufruit cesse, le fermier n'a pas à craindre une expulsion *immédiate :* la loi l'autorise à terminer, même contre le gré du propriétaire, la période de neuf ans dans laquelle on se trouve au moment de l'extinction de l'usufruit (voy., à ce sujet, ce qui a été dit sous le nº 1188). De cette manière, tous les intérêts sont conciliés.

1560. — L'usufruitier n'est pas obligé d'attendre, pour le renouvellement d'un bail, que le premier soit expiré; mais il ne peut le renouveler au plus tôt que dans les *trois* ou dans les *deux* dernières années du bail courant, suivant qu'il s'agit d'un bien rural ou d'un bien urbain. Fait dans ces termes, le second bail est, à l'égard du propriétaire, obligatoire pour neuf ans, quoique le premier bail soit encore existant quand l'usufruit vient à cesser. Ainsi, lorsque le renouvellement a été fait le premier jour des *trois* ou des *deux* dernières années du bail courant, et que l'usufruitier vient à mourir le jour même, le preneur alors a droit à *douze* ou à *onze* ans de bail, c'est-à-dire aux *trois* ou aux *deux* dernières années du premier bail encore existant quand l'usufruit a cessé, et à neuf ans pour le second. C'est le maximum de temps que le propriétaire peut avoir à subir (voy. l'explic. des art. 1429 et 1430, auxquels notre article nous renvoie).

A quel moment l'usufruitier peut-il renouveler les baux et locations ?
En résumé, quel est le maximum d'années de bail ou de location que l'usufruitier peut imposer au propriétaire ?

1561. — En ce qui touche la durée de la location des meubles, dans le cas où il est permis de les louer, la loi ne l'a pas réglée. Il faut donc la régir par les principes, et décider en conséquence qu'elle ne peut pas dépasser la durée de l'usufruit.

Quelle est, au maximum, la durée de la location des *meubles* ?

1562. — ***De la différence entre le cas où l'usufruitier jouit par lui-même, et le cas où il a pris un fermier.*** — L'usufruitier qui jouit par lui-même perçoit des fruits *naturels;* lors, au contraire, qu'il a passé bail du bien sujet à l'usufruit, le bail transforme, quant à lui, les fruits *naturels* en fruits *civils*. De là la différence que nous avons expliquée, sous les nºs 1518, 1522 et 1523.

Quelle différence y a-t-il entre le cas où l'usufruitier exploite par lui-même et celui où il exploite par un fermier ?

— Je rappelle que l'usufruitier qui, au lieu de passer bail, a pris un colon *partiaire,* perçoit dans ce cas, comme lorsqu'il exploite lui-même, de véritables fruits *naturels* (voy. le nº 1521).

Quid, s'il exploite par un colon partiaire ?

1563. — 2° ***De la faculté accordée à l'usufruitier de céder son droit*** (voy. la *Form.* 196). — Le droit d'usufruit étant attaché à la personne de l'usufruitier, les jurisconsultes romains en avaient conclu que l'usufruit était *intransmissible* et qu'ainsi l'usufruitier ne pouvait pas le céder à une autre personne. Sans doute, disait-on, l'usufruitier peut céder l'*exercice* de son droit : car il est libre de jouir par lui ou par un autre. Mais, quant au *droit* lui-même, il ne peut point le transmettre, puisqu'il ne lui est point permis de le détacher de sa personne. Autrement, c'est-à-dire si l'usufruit pouvait être déplacé et transporté de l'usufruitier à une autre per-

L'usufruitier peut-il *céder* son droit ?
Quelle était la théorie du droit romain sur ce point ?

sonne, sur la tête de laquelle il reposerait désormais, rien ne serait plus facile que de le rendre perpétuel.

Cette théorie était-elle bien rationnelle ?

Ce raisonnement n'était qu'une pétition de principes. On démontrait, en effet, que l'usufruit est *intransmissible,* en affirmant qu'il est *personnel* à l'usufruitier; or, c'est précisément là qu'est la question. Il est vrai que l'usufruit s'éteint à la mort de l'usufruitier, et qu'ainsi il ne passe point à ses héritiers; mais est-il intransmissible *tant qu'il existe?* L'usufruitier qui en est encore nanti peut-il en disposer, le céder à un tiers? Dans quel but, dans quel intérêt, le lui défendre? Mais, disait-on, si l'usufruit est cessible une fois, il pourra l'être deux, il pourra l'être toujours, et, au moyen de cessions renouvelées à temps, on le rendra perpétuel. C'était évidemment une erreur! L'usufruitier a un droit qui doit s'éteindre à son décès, un droit *temporaire;* s'il le cède, il le transmet *tel qu'il l'a,* limité dans sa durée, et devant cesser dès que lui, cédant, aura cessé d'exister. Ainsi, le droit cédé s'éteindra, non point par la mort du cessionnaire, mais par celle de l'usufruitier originaire : l'inconvénient qu'on signalait n'avait donc point de fondement.

A-t-elle été maintenue par le Code ?

L'usufruit qui a été cédé s'éteint-il par la mort du cédant ?

Les rédacteurs du Code l'ont ainsi pensé. Ce qu'ils déclarent cessible, ce n'est pas seulement l'*exercice* du droit d'usufruit, c'est le *droit* lui-même. Mais, bien entendu, le droit cédé ne change point de nature; c'est toujours un droit temporaire et limité, quant à sa durée, par l'existence de l'usufruitier qui l'a cédé (1).

XII. — *Des rapports de l'usufruitier avec le propriétaire.*

Art. 599.

Quelle est l'obligation dont le nu-propriétaire est tenu envers l'usufruitier ?

1564. — Le nu-propriétaire n'est point tenu de *faire jouir* l'usufruitier; mais il doit s'abstenir de tous actes qui pourraient l'entraver dans l'exercice de son droit (voy. le n° 1499). C'est ce que notre article exprime en ces termes : « Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. » Ainsi, il ne lui est point permis de faire des constructions nouvelles, ou de détruire celles qui existent; il n'a même pas le droit de changer la destination du fonds sujet à l'usufruit. S'il le dégrade, l'usufruitier a contre lui une action en indemnité (art. 1382). S'il le grève de servitudes, ces servitudes, quoique valablement constituées *inter partes,* sont nulles au regard de l'usufruitier.

Quels sont les actes dont l'usufruitier doit s'abstenir ?

De son côté, l'usufruitier, qui doit jouir en bon père de famille

(1) Remarquez que cette différence entre le système romain et celui du droit français n'est point purement doctrinale; elle a un côté pratique fort important. Si, en effet, le cessionnaire de l'usufruit ne l'acquérait pas, s'il n'en acquérait que l'*exercice,* il aurait dans ses biens un droit *sui generis* qui ne figurerait point parmi ceux que la loi déclare susceptibles d'hypothèque. Que si, au contraire, c'est l'*usufruit* lui-même qui est transmis, le cessionnaire pourra l'hypothéquer, pourvu d'ailleurs qu'il soit immobilier (art. 2118).

et conserver la substance de la chose sujette à l'usufruit, doit s'abstenir de tous les actes qui pourraient la détruire en tout ou en partie, ou qui en modifieraient la forme ou la destination. Ainsi, il ne lui est point permis de transformer une vigne en une terre labourable, de faire des constructions nouvelles, ou de détruire celles qui existent, de laisser en friche des terres que l'on cultive habituellement... (voy les nos 1502-3° et 1503). S'il fait ce qu'il ne doit pas faire, il abuse, et l'abus peut entraîner la déchéance de son droit (art. 618). Dans tous les cas, il s'expose à des dommages et intérêts.

Est-il obligé d'améliorer la chose sujette à l'usufruit ? *Quid*, s'il l'améliore ?

1565. — Il est tenu de faire toutes les *dépenses d'entretien* (art. 605).

Quant aux *dépenses d'amélioration,* il n'est pas obligé de les faire; mais elles ne lui sont point défendues, pourvu qu'en les faisant il ne change point la *substance* des choses (voy. le nº 1503).

1566. — Aucune indemnité ne lui est due pour les *dépenses d'entretien :* car ces dépenses sont une charge de sa jouissance (art. 605). Il n'en peut même réclamer aucune pour les *dépenses d'amélioration* qu'il prétend avoir faites, encore que la valeur de la chose en soit augmentée. Si, par exemple, il a fécondé le fonds par de fortes masses d'engrais, renouvelé les vignes, pratiqué des fossés ou des rigoles pour l'assainissement ou l'arrosage des terres, refait les planchers ou les plafonds d'une maison..., ces dépenses restent à sa charge, quoiqu'elles aient produit peut-être une plus-value dans la chose dont il a eu la jouissance.

Pourquoi n'a-t-il droit à aucune indemnité pour les améliorations qu'il a faites ?

A première vue, cette disposition paraît injuste. L'usufruitier a créé, avec son argent, une plus-value ; cette plus-value entre dans le patrimoine du propriétaire, qui reprend sa chose améliorée : l'équité demande donc qu'il rembourse à l'usufruitier ce que cette plus-value lui a coûté !

Plusieurs raisons et des plus concluantes ont fait décider autrement :

1° Il ne serait pas juste que l'usufruitier eût le pouvoir de grever le propriétaire de dépenses qui souvent lui seraient onéreuses ou qui seraient contraires à ses vues.

2° Si le propriétaire profite des améliorations qui ont augmenté la valeur de sa chose, ce profit n'a rien d'injuste et n'est point fait aux dépens de l'usufruitier : car celui-ci a lui-même recueilli le fruit des dépenses qu'il a faites : l'augmentation de jouissance qu'elles lui ont procurée pendant la durée de l'usufruit l'a suffisamment indemnisé.

3° Il fallait d'ailleurs étouffer dans leur naissance les difficultés, et, par suite, les procès qu'aurait fait naître le règlement de l'indemnité.

Quid, quant aux glaces, tableaux et autres ornements, qu'il a placés dans la maison dont il a eu la jouissance ?

1567. — Toutefois, une exception a été faite à l'égard des glaces, des tableaux et autres ornements placés par l'usufruitier dans la maison sujette à l'usufruit : la loi l'autorise à les enlever, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

L'art. 555 est-il applicable à l'usufruitier qui a fait des constructions sur le sol sujet à l'usufruit ? Faut-il dire, au contraire, que le nu-propriétaire qui, à la fin de l'usufruit, reprend son terrain, a le droit de garder, *sans rien payer,* les constructions que l'usufruitier a faites?

1568. — Une question fort débattue nous reste à examiner. On sait qu'aux termes de l'article 555, le possesseur de mauvaise foi qui a fait des constructions sur le terrain d'autrui a le droit de les détruire et de reprendre ses matériaux, à moins que le propriétaire ne préfère garder les constructions, en payant ce qu'elles ont coûté. Cette règle est-elle applicable à l'usufruitier qui a fait des constructions sur un terrain compris dans son droit d'usufruit ? Faut-il dire, au contraire, que le nu-propriétaire qui, à la fin de l'usufruit, reprend son terrain, a le droit de garder, *sans rien payer,* les constructions que l'usufruitier y a faites? En d'autres termes, sont-elles régies par l'article 555 ou par notre article 599 ?

1569. — PREMIER SYSTÈME. — *Les constructions faites par l'usufruitier sont régies non point par l'article* 555, *mais par l'article* 599 : *en conséquence, le propriétaire a le droit de les garder sans rien payer.* — 1° L'usufruitier ne peut, à la fin de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les *améliorations* qu'il prétend avoir faites, encore que la chose en soit augmentée (art. 599). Le mot *améliorations* a, dans la langue du droit, un sens absolu, général, applicable aux constructions comme à tous autres ouvrages propres à augmenter la valeur d'une chose. Donc la règle établie est *générale :* donc elle régit les constructions comme elle régit les dépenses de toute autre nature faites par l'usufruitier.

Le mot *améliorations,* ai-je dit, a dans notre droit un sens général. Cela résulte, en effet, de la loi même : car, lorsqu'on veut prouver qu'une hypothèque constituée sur un terrain grève les *constructions* que le propriétaire y a faites après l'avoir affecté à la sûreté de son obligation, on invoque l'article 2133, aux termes duquel « l'hypothèque acquise s'étend à toutes les *améliorations* survenues à l'immeuble hypothéqué. » J'ajoute que Pothier, qui suivait aussi le principe que l'usufruitier n'a aucune indemnité pour les *améliorations* provenant de ses dépenses, mettait précisément en première ligne les *constructions* parmi les *améliorations*.

2° En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, l'usufruitier ne pouvait réclamer aucune indemnité pour les constructions ou autres améliorations qui venaient de lui; or, les termes absolus de l'article 599, loin d'indiquer une innovation, montrent clairement, au contraire, qu'on est resté dans les anciens principes.

3° L'article 555 s'occupe des constructions faites par un *tiers possesseur* évincé. Or, l'usufruitier ne *possédait* pas le terrain sur lequel il a construit : car, pour posséder, il faut détenir *animo domini,* et l'*animus domini* n'existe point chez l'usufruitier, puisqu'il détient la chose comme chose d'autrui (voy. l'explic. de l'art. 2228). Donc l'article 555 ne lui est pas applicable (1)!

(1) Cet argument me semble dangereux. L'héritier d'un usufruitier ne possède point (art. 2236, 2237 et 2238 combinés); en conclura-t-on qu'il n'aura droit à aucune indemnité pour les constructions qu'il aura faites *de bon*

4° Si le propriétaire s'enrichit des constructions, ce n'est pas *injustement, cum injuriâ*. L'usufruitier a-t-il fait des constructions peu importantes ; a-t-il, par exemple, construit un hangar ou une remise dans la cour des bâtiments sujets à l'usufruit, y a-t-il ajouté une petite chambre, une cuisine : les avantages qu'il a retirés de ces améliorations ont alors compensé ce qu'elles lui ont coûté. Les constructions sont-elles plus importantes ; a-t-il, par exemple, bâti une maison : il n'est pas, même dans ce cas, en droit de se plaindre. Il savait, en effet, qu'il n'avait aucun espoir d'acquérir la propriété par la prescription, puisque les usufruitiers ne prescrivent point, par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236). Si donc il a bâti sur le terrain qu'il devait certainement rendre, c'est qu'évidemment il a voulu l'une de ces deux choses : ou faire une *donation*, et alors c'est par l'effet même de sa volonté qu'il se trouve dépouillé ; ou jouer un mauvais tour au propriétaire, et c'est alors le cas de dire : *Qui damnum suâ culpâ sentit, sentire non videtur.* Il n'en est pas de même du possesseur de mauvaise foi : on ne peut lui supposer l'*animus donandi,* ni l'intention de jouer un mauvais tour au propriétaire : car, ayant l'espoir de prescrire, il est plus naturel de supposer que, s'il a bâti sur le terrain qu'il savait être à autrui, c'est qu'il a espéré en acquérir la propriété.

5° L'article 599 a eu pour objet de couper court aux difficultés que ferait naître le règlement de l'indemnité à payer si le propriétaire était obligé de tenir compte des améliorations dont il profite. C'est dans le même but que la loi accorde à l'usufruitier le droit d'acquérir les fruits pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit a été constitué, et au propriétaire le droit de recueillir les fruits qui sont dans le même état au moment où l'usufruit prend fin, sans récompense de part ni d'autre des semences et labours. Or, si l'usufruitier avait le droit de réclamer une indemnité pour les constructions qui, à raison de leur importance, semblent dépasser les bornes d'une simple *amélioration,* le but de la loi serait manqué : car cette distinction serait souvent plus difficile à faire que le règlement de l'indemnité.

6° Le résultat pourra, dans quelques cas extraordinaires, être désastreux pour l'usufruitier ; mais il n'est pas de règle qui, arrivée à ses limites extrêmes, n'ait quelque inconvénient.

7° Si l'usufruitier peut enlever les glaces, les tableaux et autres ornements qu'il a placés dans les bâtiments, c'est que, les ayant attachés à un immeuble qu'il ne détient que *temporairement,* il est impossible de supposer qu'il les a établis pour y rester *à perpétuelle demeure,* ce qui fait qu'ils conservent leur nature de *meubles,* et sont, par conséquent, distincts de l'immeuble auquel ils adhèrent. Il n'en est pas de même des constructions : elles sont

foi? Il le faudra bien, si l'art. 555 ne s'applique qu'aux *possesseurs proprement dits!* Or, est-il possible d'admettre une aussi choquante injustice ?

immeubles par leur nature, quelle que soit la qualité de la personne qui les a faites ou ordonnées. Dès lors, elles se confondent avec le sol, et ne font avec lui qu'une seule et même chose (voy. les nos 1349 et s.) (1).

1570. — Deuxième système. — *Les constructions faites par un usufruitier sont régies, non point par l'article* 599, *mais par l'article* 555 : *en conséquence, le propriétaire ne peut les conserver qu'à la condition de payer à l'usufruitier ce qu'elles lui ont coûté.* — 1° L'article 599 n'a trait, en effet, qu'aux *améliorations;* or, le mot *amélioration* a un sens restreint qu'il est impossible d'adapter à des bâtiments construits sur un sol nu. *Améliorer,* c'est rendre une chose qui existe plus commode, plus agréable et plus productive; mais personne assurément ne peut dire qu'un terrain sur lequel on a construit un édifice a été *amélioré.*

Si l'hypothèque acquise s'étend aux bâtiments construits sur l'immeuble hypothéqué, ce n'est pas en vertu du principe que l'hypothèque s'étend aux *améliorations* que la chose peut recevoir ; car, encore une fois, un bâtiment construit sur un sol nu n'est pas une amélioration. Cet effet de droit s'explique par une autre règle, par le principe que les bâtiments se confondent avec le fonds sur lequel ils sont construits et s'absorbent en lui.

2° Si le droit romain et notre ancienne jurisprudence ne permettaient point à l'usufruitier de réclamer une indemnité pour les bâtiments qu'il avait construits sur le fonds sujet à l'usufruit, ce n'était pas pour lui faire une situation différente de celle du possesseur de mauvaise foi, c'était au contraire pour l'assimiler à lui. Le possesseur qui fait des constructions sur un terrain *qu'il sait n'être pas à lui,* n'a pu, disait-on, avoir d'autre but (car il ne peut pas prétendre qu'il n'a eu que des vues malhonnêtes) que de faire indirectement une *donation* au propriétaire : *donasse videtur.* Il a volontairement et gratuitement aliéné ce que le propriétaire acquiert : dès lors, aucune indemnité ne lui est due. L'usufruitier est absolument dans la même position que le possesseur de mauvaise foi : s'il construit, c'est qu'il entend abandonner, après qu'il en aura joui, le bâtiment dont s'enrichira le propriétaire : *donasse videtur.* Donc point d'indemnité.

Or, la fiction *donasse videtur* a été, dans notre droit, jugée inique. Les rédacteurs du Code ne permettent même point de l'invoquer contre ceux qui méritent le moins de faveur, contre les possesseurs de mauvaise foi. Ainsi, celui-là même qui a construit sur un terrain dont il s'est emparé *par violence* est placé sous la protection d'une maxime dont on trouve partout dans nos lois l'application : *Personne ne peut injustement s'enrichir aux dépens d'autrui.* Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'usufruitier ?

(1) Toull., t. III, n° 427; Proud., *Traité de l'usufruit,* t. III, n° 1441 ; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 439; Val., à son cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 599.

Est-il donc plus coupable que le ravisseur de la chose d'autrui? La loi n'a pas pu consacrer, en présence de deux situations à peu de chose près égales, deux règles si contradictoires!

Qu'on ne dise pas que le propriétaire qui profite des constructions faites par l'usufruitier ne s'enrichit point *injustement*, puisque l'usufruitier a trouvé une juste indemnité dans la jouissance qu'il a tirée de la maison! Cela peut être vrai des petites constructions qu'il a faites pour améliorer ou étendre une autre construction; mais évidemment cette compensation n'existe pas dans notre espèce : car, s'il a, par exemple, dépensé 100,000 francs pour bâtir une maison, la jouissance qu'il en a eue pendant la durée de l'usufruit n'a été que la compensation de l'*intérêt* du capital qu'il a dépensé. D'ailleurs, cette raison, si elle était décisive, devrait également s'appliquer au possesseur de mauvaise foi, et précisément elle ne lui est point applicable (1).

Section II. — Des obligations de l'usufruitier.

33e *Répétition.*

1571. — L'usufruit impose à l'usufruitier trois obligations principales, savoir :

Quelles sont les obligations de l'usufruitier? Comment peut-on les diviser?

1° L'obligation de conserver la substance des choses sujettes à l'usufruit;

2° L'obligation de jouir en bon père de famille;

3° L'obligation de restituer, à la fin de l'usufruit, les biens dont il a eu la jouissance.

Ces obligations en engendrent plusieurs autres, qui, ayant pour objet d'en assurer l'exécution, doivent, par cette raison même, être accomplies avant que l'usufruitier entre en jouissance. Nous distinguerons donc :

1° Les obligations qu'il doit accomplir *avant;*

2° Celles qu'il doit accomplir *pendant;*

3° Enfin celles qu'il ne doit accomplir qu'*après* sa jouissance.

§ I. *Des obligations que l'usufruitier doit accomplir avant d'entrer en jouissance.*

1572. — En tête de cette matière, la loi, s'écartant de son sujet, indique l'un des caractères du droit d'usufruit. « L'usufruitier, dit-elle, prend les choses dans l'état où elles sont. » Cette règle a été expliquée sous le n° 1499.

Art. 600.

L'usufruitier a-t-il le droit d'exiger que la chose sujette à l'usufruit lui soit livrée en bon état de réparation?

(1) Delv., t. I, p. 517; Dur., t. IV, nos 319 et 380; Marc., sur l'art. 555; Duvergier, *sur Toull.*, t. III, p. 172; MM. Demol., t. I, n° 696; Dem., t. II, n° 439 *bis;* Aubry et Rau, t. II, § 204, p. 263, note 23. — Suivant M. Laurent (t. VI, nos 485 et suiv.), les constructions et plantations faites par l'usufruitier ne tombent ni sous l'application de l'art. 555 ni sous l'application de l'art. 599; l'usufruitier a le droit de les enlever, et le propriétaire ne peut exiger qu'il les abandonne.

Quelles sont les obligations qu'il doit accomplir *avant* d'entrer en jouissance ?

Revenons à notre objet. L'usufruitier ne peut point appréhender les biens et en jouir, tant qu'il n'a pas satisfait aux trois obligations suivantes. Il doit :

Qu'est-ce qu'un *inventaire* ?

1° Faire dresser un ***inventaire***, c'est-à-dire un écrit énumératif et descriptif, et quelquefois même estimatif, des meubles sujets à l'usufruit (voy. la *Form.* 197).

Un *état* en bonne forme ?

1573. — 2° Faire dresser un *état des immeubles*, c'est-à-dire un écrit descriptif de l'état ou de la situation dans laquelle ils sont (voy. la *Form.* 198).

Quelle est l'utilité de cet inventaire et de cet état ?
En présence de qui l'inventaire et l'état doivent-ils être dressés ?
Quid, si le propriétaire interpellé ne se présente pas ?

L'usufruitier et le propriétaire auront des comptes à débattre quand cessera l'usufruit. L'inventaire des meubles et l'état des immeubles en fourniront les principaux éléments : c'est en constatant ce que reçoit l'usufruitier qu'on saura ce qu'il doit rendre.

Il importe que l'inventaire et l'état de situation soient fidèles et exacts; pour cela il faut que l'usufruitier ait un contradicteur. C'est donc en présence du propriétaire qu'ils doivent être dressés. A cet effet, l'usufruitier doit prévenir le propriétaire, à l'amiable, du jour et de l'heure où ces actes seront dressés, et, s'il ne vient pas, le faire citer par exploit d'huissier, pour qu'il ait à se présenter tel jour devant l'officier public désigné pour les dresser. S'il ne se présente pas, l'officier public le remplace, et on procède à son défaut. C'est ce que la loi exprime lorsqu'elle dit que ces actes devront être faits en présence du propriétaire ou *lui dûment appelé*.

En quelle forme doivent être faits l'inventaire des meubles et l'état des immeubles ?

Lorsque l'usufruitier et le nu-propriétaire sont majeurs tous les deux et qu'ils sont d'accord, l'inventaire et l'état de situation peuvent être faits, soit dans la forme authentique, soit dans la forme sous seing privé. Dans le cas contraire, ils ne peuvent être faits que par *acte notarié*.

Qui en supporte les frais ?

Les frais qu'ils occasionnent sont à la charge de l'usufruitier : car c'est à lui qu'est imposée l'obligation de les faire dresser.

Quid, si l'usufruitier ne fait pas d'inventaire ?

1574. — L'usufruitier qui se met en possession des meubles avant d'en avoir fait dresser l'inventaire fait ce qu'il n'a pas le droit de faire. Ce manquement à son devoir n'entraîne pas la déchéance de son droit : car cette peine n'est écrite nulle part dans nos lois, et les peines ne se suppléent point. Mais le propriétaire n'est point pour cela désarmé : il peut prouver la consistance du mobilier, non seulement par des titres quels qu'ils soient, mais encore par témoins, et même par commune renommée (voy. l'explic. des art. 1415 et 1504).

Quid, s'il ne fait point d'état ?

Que s'il a appréhendé les immeubles sans en faire dresser un état, il est alors, sauf à lui à faire la preuve du contraire, réputé les avoir reçus en bon et parfait état de toute espèce de réparations (art. 1731, arg. d'analogie).

Art. 601.

1575. — 3° *Donner caution de jouir en bon père de famille.*

L'usufruitier n'est-il pas tenu de donner caution de jouir en bon père de famille ?

« *Donner caution...*, » c'est-à-dire présenter une personne solvable qui s'oblige à payer, au cas où il ne le ferait pas lui-même, toutes les sommes ou indemnités pécuniaires dont il pourra se

trouver, en sa qualité d'usufruitier, constitué débiteur envers le propriétaire (voy. la *Form.* 199).

Qu'est-ce que *donner caution ?*

« *De jouir en bon père de famille...,* » c'est-à-dire comme un administrateur sage et vigilant.

Quel est le sens de ces mots *bon père de famille ?*

On appelait, à Rome, *paterfamilias,* non pas la personne *qui avait des enfants,* mais celle qui, n'étant soumise à l'autorité d'aucun ascendant, était maîtresse d'elle-même. Et , comme à l'origine, on ne pouvait être *propriétaire* qu'autant qu'on était *paterfamilias,* on finit par se servir des mots *père de famille,* dans le sens de *propriétaire,* d'*administrateur.* C'est dans le même sens que cette expression a passé dans notre droit (art. 450, 601, 692, 1137).

Art. 604.

Qu'arrive-t-il lorsque l'usufruitier a été en retard de donner caution ?

1576. — *Ce qui arrive lorsque l'usufruitier a été en retard de donner caution .* — Le cautionnement est périlleux pour la caution, car elle prend à sa charge le risque de l'insolvabilité du débiteur. Cela est cause que les personnes dont le crédit n'est pas bien établi ont souvent de la peine à trouver quelqu'un qui consente à répondre pour elles. Si donc l'usufruitier a mis quelque temps à chercher un répondant, on ne peut pas lui faire un reproche de ne pas l'avoir trouvé immédiatement. De là le principe que le retard de donner caution ne nuit pas à l'usufruitier . « Ce retard, dit l'article 604, ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit : ils lui sont dus *du moment où l'usufruit a été ouvert...* »

Est-il toujours exact de dire que l'usufruitier qui a été en retard de donner caution a droit aux fruits *du jour où l'usufruit est ouvert ?*

Quelle distinction faut-il faire à cet égard ?

En d'autres termes, comment faut-il entendre la règle que les fruits sont dus à l'usufruitier, nonobstant son retard de donner caution, *du jour où l'usufruit a été ouvert ?*

1577. — « *Du moment où l'usufruit a été ouvert...* » Ces mots demandent explication.

En principe, dès que l'usufruit est *ouvert,* c'est-à-dire *acquis,* l'usufruitier en a l'*exercice :* c'est donc de ce jour qu'il a droit aux fruits. Ainsi, lorsque je vous vends ou que je vous donne l'usufruit de mon domaine, *dès* que le contrat est conclu, l'usufruit est *ouvert;* et, dès qu'il est ouvert, vous avez droit aux fruits. Si vous n'avez pas trouvé immédiatement une caution solvable à me donner, ce retard ne vous nuira pas. Vous pourrez, après que vous aurez satisfait à votre obligation, réclamer les fruits perçus ou échus pendant le temps qui s'est écoulé entre le moment où votre usufruit s'est *ouvert* et le moment où vous m'avez fourni la caution que vous me deviez. Dans ce cas, la règle de notre article est parfaitement exacte.

Mais, par exception, lorsque l'usufruit a été constitué par *legs,* bien qu'il soit *ouvert* du jour même de la mort du testateur, le légataire n'a pas encore le droit de se mettre en possession des biens sujets à l'usufruit, ni d'en acquérir les fruits. Ce droit, ou plutôt l'*exercice* de son droit d'usufruit, ne s'ouvre qu'à compter du jour où il a formé une demande en délivrance du legs. Dans l'intervalle de la mort du testateur à la demande en délivrance du legs, les fruits perçus sur la chose sujette à l'usufruit appartiennent au propriétaire débiteur du legs (art. 1014, arg. d'anal.).

Notre article dit, au contraire, en termes absolus et sans aucune distinction, que, *dans le cas où l'usufruitier est en retard de donner caution*, les fruits lui sont dus à compter du jour où son droit d'usufruit *s'est ouvert;* d'où il semble qu'il faudrait conclure que le *légataire* de l'usufruit, de même que tout autre usufruitier, a droit aux fruits du jour où son usufruit *a pris naissance.* Mais ce n'est pas là évidemment l'idée de la loi. La première phrase de l'article révèle sa pensée, toute sa pensée : la seconde phrase n'en est que le développement ou l'explication. L'usufruitier ne souffrira pas de son retard à donner caution : voilà l'idée qu'elle a voulu exprimer. Elle ajoute, pour la compléter en l'expliquant, que les fruits seront dus à l'usufruitier du jour où son usufruit *s'est ouvert;* parce que, selon le droit commun, dès que l'usufruit est *ouvert,* l'usufruitier en a les profits. Elle a statué sur le *plerumque fit;* mais elle n'a pas entendu écarter l'exception que subit le droit commun dans le cas où l'usufruit est constitué *par legs.* Entendue autrement, elle serait absurde : car nous aurions alors ce résultat étrange, que le légataire *en retard* de donner caution serait mieux traité que le légataire qui aurait immédiatement satisfait à cette obligation!

En d'autres termes, l'article 604 a été fait, non pas pour fixer le moment à partir duquel l'usufruitier a droit aux fruits, mais simplement pour énoncer cette règle d'équité que le retard de donner caution ne nuira pas à l'usufruitier. Il faut donc le lire ainsi : Le retard de donner caution ne nuira pas à l'usufruitier; les fruits lui seront dus à compter du jour où il y aurait eu *droit s'il eût immédiatement satisfait à son obligation.*

Art. 602 et 603.

Quid, si l'usufruitier ne trouve pas de caution ?

Quid, s'il ne peut donner, à la place de la caution, aucune autre garantie?

1578. — *Ce qui arrive lorsque l'usufruitier ne trouve point de caution et qu'il est dans l'impossibilité d'offrir un gage à sa place.* — L'usufruitier qui ne trouve pas de caution peut offrir à sa place un gage suffisant pour la garantie du propriétaire (voy. l'explic. de l'art. 2041). Mais, s'il arrive qu'il ne puisse donner une caution ni un gage suffisant, que fera-t-on alors? Lui remettra-t-on les biens? lui permettra-t-on d'en jouir? Ce serait compromettre le droit du propriétaire. Déclarera-t-on l'usufruit éteint? Ce serait punir l'usufruitier de sa pauvreté : car, s'il ne trouve point de caution, c'est évidemment qu'il est peu solvable.

La loi a trouvé moyen de tout concilier. Elle retire à l'usufruitier l'*exercice* de son droit; mais elle lui en conserve l'*émolument.*

Ainsi, les *immeubles* sont *donnés à ferme.* Si l'on ne trouve point à les affermer dans de bonnes conditions, on les met *en séquestre.* — Mettre un bien en séquestre, c'est le faire administrer par un gérant salarié, qui en perçoit les fruits pour le compte de celui qui y a droit.

Les *sommes* comprises dans l'usufruit sont placées, c'est-à-dire prêtées à intérêt, ou constituées en rentes, soit sur l'État, soit sur des particuliers (voy. la *Form.* 200).

Les *denrées* sont vendues, et le prix qui en provient est placé comme il vient d'être dit.

Le prix des baux, les intérêts des sommes prêtées, les arrérages des rentes, sont attribués comme fruits civils à l'usufruitier, proportionnellement à la durée de son usufruit.

1579. — Les *meubles qui dépérissent par l'usage* doivent également être vendus, si le propriétaire l'exige. Cette vente sera très profitable au nu-propriétaire : car, si l'usufruitier eût donné sa caution, il aurait joui des choses mêmes, et, comme elles dépérissent par l'usage, il ne serait resté à la fin de l'usufruit que des choses usées et sans valeur, tandis que le prix de la vente qui en sera faite se retrouvera toujours dans son intégrité. Mais il était impossible de faire autrement.

Le principe que les meubles qui dépérissent par l'usage doivent être vendus lorsque l'usufruitier ne remplit pas son obligation de donner caution, ne souffre-t-il pas un tempérament ?

1580. — Le principe que les meubles qui dépérissent par l'usage doivent être vendus si le propriétaire l'exige, souffre un tempérament : l'usufruitier peut demander, et les juges peuvent ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage personnel lui soit laissée, sous la simple garantie de son serment, et à la charge de les représenter à la fin de l'usufruit.

Quid, quant aux meubles qui ne dépérissent point par l'usage qu'on en fait ?

— Quant aux *meubles qui ne dépérissent point par l'usage qu'on en fait*, la loi n'en parle pas. En faut-il conclure que l'usufruitier, quoiqu'il n'ait pas donné caution, aura le droit de se les faire remettre en nature, que le propriétaire n'aura pas le droit d'en exiger la vente? Ce serait évidemment abuser du silence de la loi et sortir de son esprit. Si elle n'a parlé que des meubles qui dépérissent par l'usage, c'est que ce caractère est commun aux meubles en général; mais, bien évidemment, elle n'a pas entendu laisser le propriétaire sans garantie, lorsque, par exception, les meubles sujets à l'usufruit sont d'une autre nature. L'usufruitier peut les détériorer, ou même les vendre à des tiers de bonne foi, entre les mains desquels le propriétaire n'aurait pas le droit de les reprendre (art. 2279). Il y a donc un danger pour ce dernier! Cela suffit pur qu'on le protège.

Quid, enfin, quant aux meubles qui ne sont susceptibles ni d'être vendus ni d'être loués?

1581. — Il se peut que parmi les meubles il y en ait qui ne soient susceptibles ni d'être vendus ni d'être loués, soit à cause du prix d'affection que le propriétaire y attache, soit à cause de la personne à laquelle ils ont appartenu, soit enfin par suite de toute autre circonstance qui leur imprime un caractère incompatible avec l'aliénation ou la location. Tels peuvent être des tableaux, des armes, des médailles, ou autres choses semblables. Que faire dans ce cas? Laisser à l'usufruitier la jouissance de ces objets, ce serait compromettre le droit du propriétaire ; les vendre ou les louer, ce serait contraire à leur destination. On décide donc qu'ils resteront en la possession du propriétaire, tant que l'usufruitier ne donnera pas caution (1).

(1) MM. Aubry et Rau, t. II, § 229, p. 474.

Art. 601.

Quels sont les usufruitiers qui sont dispensés de donner caution?
Cette dispense s'applique-t-elle dans tous les cas d'usufruit légal?

1582. — *Des usufruitiers qui sont dispensés de la caution.* — Le principe que l'usufruitier est obligé de donner caution forme le droit commun. Ce n'est que par exception que l'usufruitier en est dispensé.

En sont dispensés :

1° *Les pères et mères ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants.* — Cette dispense est subordonnée à deux conditions. Il faut :

D'une part, qu'il s'agisse d'un usufruit *légal*. D'où nous devons conclure que les pères et mères institués *par testament* usufruitiers d'un bien dont la propriété a été léguée à leurs enfants sont, comme tout autre usufruitier, obligés de donner caution. La loi eût peut-être bien fait d'assimiler ce cas au premier ; mais elle ne l'a pas fait, et, comme il s'agit ici d'une exception, il ne nous est point permis de l'étendre d'un cas à un autre.

D'autre part, qu'il s'agisse d'un usufruit attribué aux pères et mères sur les biens *de leurs enfants*. Ainsi, le père ou la mère qui succède à son enfant, en concours avec des collatéraux, est obligé de donner caution pour l'usufruit que l'article 754 lui accorde sur le tiers des biens attribués *aux collatéraux* avec lesquels il concourt. Rien, au reste, n'est plus rationnel que cette différence entre l'usufruit *légal* de l'article 384 et l'usufruit *légal* de l'article 754. Dans le premier cas, le père ou la mère étant en rapport avec son enfant, l'affection qu'il lui porte est la protectrice naturelle et la sauvegarde des intérêts de cet enfant. Dans le cas de l'article 754, le père ou la mère étant, au contraire, en conflit avec des *étrangers*, c'est-à-dire avec les collatéraux de son enfant, il n'existe aucune raison particulière de le dispenser du cautionnement (1).

Pourquoi le donateur avec réserve d'usufruit est-il dispensé de l'obligation de donner caution, tandis que le donataire d'usufruit y est soumis?
Pourquoi le vendeur avec réserve d'usufruit en est-il dispensé, tandis que celui qui achète un usufruit y est soumis?

1583. — 2° *Le vendeur ou donateur sous réserve d'usufruit.* — Ainsi, lorsque je vous ai vendu ou que je vous ai donné la *nue-propriété* d'un bien, je ne suis pas tenu de vous fournir caution pour l'usufruit que je me suis réservé.

Que si, au contraire, je vous ai vendu ou donné l'usufruit d'un bien dont je reste propriétaire, vous devez, vous, acheteur ou donataire de l'usufruit, me donner caution.

Je comprends cette différence à l'égard du donateur et du donataire. Lorsque le donateur s'est réservé l'usufruit des biens dont il a donné la propriété, il serait peu décent que le donataire pût suspecter son bienfaiteur, et prendre des garanties contre lui.

Quant au vendeur qui s'est réservé l'usufruit, l'exception introduite en sa faveur se conçoit moins facilement.

On a dit, pour la justifier, qu'il n'est pas présumable qu'il ait entendu s'imposer une charge qui n'est pas stipulée dans le contrat. Les parties qui contractent à titre onéreux entrent dans les détails les plus minutieux ; elles règlent tout entre elles : il faut

(1) Le conjoint survivant n'est pas non plus dispensé de donner caution dans le cas prévu par la loi du 14 juillet 1866 (voy., ci-dessus, p. 759, note).

donc prendre leur contrat *tel qu'elles l'ont fait*. Or, dans l'espèce, il n'a point été question de cautionnement. — Mais, si cette raison était bonne pour le vendeur qui s'est réservé l'usufruit, elle le serait également, dans l'espèce inverse, pour l'acheteur de l'usufruit, et cependant l'acheteur n'est point dispensé du cautionnement.

Une autre explication a été donnée. Lorsqu'un propriétaire vend la nue-propriété d'un bien dont il jouissait précédemment, l'acheteur connaît sa manière de jouir, tandis que le vendeur de l'usufruit ignore comment l'acheteur administrera. Dans le premier cas, si l'acheteur ne stipule point expressément qu'il lui sera donné une caution, il est naturel de supposer qu'il trouve une garantie suffisante dans les habitudes antérieures du vendeur. Quant à l'acheteur de l'usufruit, au contraire, son passé ne peut pas répondre de l'avenir.

Je comprendrais cette raison si le cautionnement n'avait d'autre but que de protéger le nu-propriétaire contre les *fautes* que l'usufruitier pourra faire dans sa jouissance. Mais il n'en est pas ainsi : il a aussi pour but de mettre le nu-propriétaire à l'abri des *infidélités* de l'usufruitier. Lorsque vous me vendez la nue-propriété d'un bien dont vous vous réservez l'usufruit, si vous l'avez bien administré, votre passé me garantit une administration *habile ;* est-ce qu'il me garantit aussi une administration *honnête, fidèle?* En aucune façon ! Dès lors, pourquoi supposer que l'acheteur a consenti à courir ce risque ? Quoi qu'il en soit, la loi est formelle.

1584. — 3° *L'usufruitier qui en a été affranchi par le constituant.* — Ainsi, par exemple, lorsque je vous lègue l'usufruit de mes biens, je puis, par une clause expresse de mon testament, vous faire remise de l'obligation de donner caution.

Un testateur peut-il valablement dispenser l'usufruitier de l'obligation de faire inventaire du mobilier compris dans l'usufruit?

1585. — On s'est, à ce sujet, demandé si le testateur peut également remettre à l'usufruitier l'obligation de faire *inventaire du mobilier*. Cette clause ne devrait certainement pas être respectée, si elle devait compromettre les droits d'un héritier *réservataire* du testateur. Dans le cas contraire, elle devrait évidemment l'être : car alors rien n'y ferait obstacle. Toutefois elle n'aurait d'autre effet que de dispenser l'usufruitier des *frais* de l'inventaire : le propriétaire resterait le maître de le faire dresser lui-même, s'il le jugeait nécessaire. Le testateur, en effet, a déchargé l'usufruitier de l'*obligation* de faire un inventaire; mais il n'a pas défendu à son héritier d'en faire dresser un à ses frais.

Peut-il défendre à son héritier, auquel il laisse la nue-propriété de son mobilier, d'en faire faire à ses frais un inventaire?

1586. — Le testateur pourrait-il valablement, par une clause formelle de son testament, défendre à celui auquel il laisse la nue-propriété de son mobilier, d'en faire faire un inventaire à ses frais?

L'affirmative a été soutenue. Le testateur aurait pu ne rien laisser au légataire de la nue-propriété; à bien plus forte raison, a-t-il pu ne lui laisser qu'une nue-propriété destituée de preuve écrite : qui peut le plus peut le moins.

Mais, a-t-on répondu, il ne s'agit pas de savoir ce qu'aurait pu faire le testateur, il s'agit de ce qu'il a fait. Or, il a légué la nue-propriété de son mobilier, et il n'est point permis de transmettre sa propriété sous des conditions contraires à la morale et à l'ordre public!

La défense faite au nu-propriétaire de faire un acte conservatoire du droit qui lui a été légué serait peu morale, puisqu'elle aurait indirectement pour effet d'autoriser l'usufruitier à faire de la chose d'autrui tel usage que bon lui semblerait, à se l'approprier même.

Elle serait contraire à l'ordre public : car le propriétaire, n'ayant aucune preuve écrite du droit qu'il a sur les meubles sujets à l'usufruit, ne pourrait pas, en fait, en disposer. Bien peu de personnes consentiraient, en effet, à acheter une propriété aussi précaire, aussi incertaine! Il lui serait même absolument impossible d'en disposer *à titre gratuit:* car les donations mobilières ne sont valables qu'autant qu'elles sont accompagnées d'un inventaire descriptif et estimatif des objets donnés (art. 948), ce qui, dans l'espèce, ne pourrait pas avoir lieu (1).

L'usufruitier, d'ailleurs, n'ayant et ne pouvant avoir aucun intérêt légitime et avouable à s'opposer à la confection d'un inventaire qui ne lui coûtera absolument rien, l'opposition qu'il y fait est une pure malice qui ne doit pas être écoutée : *malitiis non est indulgendum* (2).

§ II. *Des obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance.*

Quelles sont les obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance?

1587. — L'usufruitier doit :

1° Veiller à la garde et à la conservation des biens sujets à l'usufruit (art. 614);

2° Supporter à lui seul toutes les charges annuelles du fonds sujet à l'usufruit, et contribuer aux charges qui sont imposées extraordinairement sur la propriété (art. 608 et 609);

3° Entretenir la chose dans l'état où il l'a reçue (art. 605 à 607);

4° Payer les frais des procès qui ne regardent que la jouissance (art. 613) ;

5° Contribuer, dans certains cas, au paiement des dettes lais-

(1) Mais, si la dispense de l'inventaire était accompagnée de cette clause formelle : « l'usufruitier de mes biens en aura la pleine propriété dans le cas où mon héritier voudrait faire, même à ses frais, l'inventaire dont j'accorde la dispense, » cette clause devrait-elle être respectée ? L'affirmative a été explicitement admise au Conseil d'Etat, par MM. Treilhard, Cambacérès et Maleville (voy. Fenet, t. II, p. 181). Elle est enseignée par MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 600. Elle est, au contraire, combattue par MM. Demol., t. II, n° 476; Aubry et Rau, t. II, § 229, note 11; Laurent, t. VI, n° 498.

(2) MM. Val. et Bug., à leurs cours; Dur., t. IV, n° 509; Marc., sur l'art. 600; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Demol., t. II, n° 475; Dem., t. II, n° 441 *bis*, V; Laurent, t. VI, n° 497.

sées par le défunt, lorsque l'usufruit a été constitué par testament (art. 610 à 612).

1588. — I. De la garde de la chose. — Obligé de jouir en bon père de famille, l'usufruitier est, par là même, tenu de veiller à la garde et à la conservation des biens dont il a la jouissance et en même temps la détention. Ce n'est donc pas assez qu'il s'abstienne des actes qui pourraient causer quelque dommage au propriétaire ; il doit, en outre, lorsqu'un tiers commet des actes de même nature, avertir le propriétaire du risque qu'il court. Ainsi, lorsqu'un tiers commet une usurpation sur le fonds, par exemple, lorsqu'il établit sa poutre sur un mur de la maison sujette à l'usufruit, ou qu'il attente de toute autre manière au droit du propriétaire, l'usufruitier doit en donner avis à ce dernier, afin qu'il fasse cesser en temps utile l'usurpation. Autrement, si le propriétaire n'était pas averti, la possession de l'usurpateur pourrait, en se prolongeant, le faire présumer, jusqu'à preuve du contraire, légitime propriétaire du droit usurpé, et même le conduire réellement à l'acquisition de ce droit par la prescription. Dans ce cas et dans d'autres semblables, l'usufruitier négligent serait responsable du dommage qu'il aurait causé par son silence, comme il le serait des dégradations qu'il aurait commises lui-même.

Art. 614.

N'est-il pas préposé à la garde de la chose? Que doit-il donc faire lorsqu'un tiers commet quelque usurpation sur le fonds?

1589. — II. Des charges annuelles de l'héritage et de celles qui sont imposées extraordinairement sur la propriété. — Les dépenses auxquelles les propriétaires sont assujettis sont de deux espèces. Les unes sont, en quelque sorte, *périodiques*, plus ou moins fréquentes, mais, dans tous les cas, assez rapprochées les unes des autres pour se renouveler plusieurs fois dans la vie d'un homme. C'est ce qui les fit désigner, dans notre ancien droit, sous le nom de charges *viagères*. On les appelle *charges annuelles*, ou, lorsqu'elles ont pour objet l'entretien de la chose, *réparations d'entretien*, et, plus généralement, *charges de la jouissance*. Les autres sont extraordinaires ou exceptionnelles, en ce sens que, n'étant point de nature à se renouveler périodiquement, elles n'ont lieu qu'à de rares intervalles : on les appelle *charges de propriété*, ou, lorsqu'elles ont pour objet la conservation d'un bâtiment, *grosses réparations*.

Art. 608 et 609.

Comment peut-on diviser les charges auxquelles les propriétaires sont assujettis? Qui supporte les charges *annuelles* ou *de jouissance?* Qui, les charges *extraordinaires* ou *de propriété?* Quelle est la raison de cette distinction?

Un administrateur prudent affecte une portion de *son revenu* aux *charges annuelles;* ce n'est qu'à cette condition qu'il peut conserver sa fortune. Sa ruine serait, en effet, prompte à venir, si, dépensant chaque année la totalité de ses revenus, il employait une portion de son capital à faire les dépenses qui, de même que les revenus actifs, sont annuelles et périodiques. C'est donc à l'usufruitier à les supporter, et à les supporter intégralement, puisqu'il a toute la jouissance, *tous les revenus* du fonds sujet à l'usufruit. Ainsi, sont à sa charge toutes les *dépenses annuelles*, telles que les contributions, et les autres dépenses qui, selon l'usage, sont considérées comme une charge des fruits, telles que

les frais de garde, le curage des fossés, le rétablissement des haies...

Les charges extraordinaires, telles qu'un emprunt forcé, un impôt extraordinaire de guerre, affectant tout à la fois la jouissance et la propriété, le propriétaire et l'usufruitier doivent y contribuer l'un pour le *capital,* l'autre pour les *intérêts*. Ainsi, le propriétaire les paie-t-il : l'usufruitier est tenu, pendant toute sa jouissance de lui servir l'intérêt du capital déboursé. Est-ce l'usufruitier qui les paie : le propriétaire doit, à la fin de l'usufruit, lui restituer le capital sans aucun intérêt.

Que si ni l'un ni l'autre ne veut faire l'avance, on saisit et on fait vendre, jusqu'à due concurrence, une portion des biens sujets à l'usufruit : l'argent en provenant sert à l'acquittement des charges. L'usufruitier se trouve alors privé d'une portion de sa jouissance et le propriétaire d'une portion de sa propriété. Le résultat est donc toujours le même.

Art. 605 et 606.

A la charge de qui sont les *réparations d'entretien ?* Les *grosses réparations ?*

1590. — III. Des réparations d'entretien. Des grosses réparations. — La nature des réparations à faire n'étant pas toujours parfaitement déterminée, les rédacteurs du Code, afin de prévenir toute difficulté à cet égard, ont donné une énumération limitative des *grosses réparations,* en ajoutant que toutes celles qui ne sont pas comprises dans cette énumération doivent être rangées parmi les *réparations d'entretien.*

Sont grosses réparations :

Qu'entend-on par *grosses réparations?*

1° Les réparations des gros murs. — Les gros murs sont d'abord les murs du périmètre (d'enceinte de la maison), puis les murs d'intérieur qui s'élèvent à la même hauteur que les murs du périmètre, et sur lesquels sont appuyées les poutres et cheminées ;

2° Les réparations à faire aux voûtes ;

3° Le rétablissement des poutres ;

4° Le rétablissement des toitures *entières ;*

5° Les réparations des digues et des murs de soutènement *en entier ;*

6° Les murs de clôture, aussi *en entier.*

Ainsi, en ce qui concerne les gros murs, les voûtes et les poutres, il n'y a pas à distinguer s'ils sont *détruits* (1) en tout ou en

(1) Toutefois, s'ils n'étaient que légèrement dégradés, endommagés, la réparation à faire serait évidemment *d'entretien.* Les grosses réparations sont, en effet, des *reconstructions* plutôt que des *réparations* proprement dites (MM. Duc. Bon. et Roust., sur l'art. 603 ; Demol., t. II, n° 562).

— A ne consulter que les termes de notre article, le mot *entières* se rapporterait tout à la fois aux *toitures* et aux *poutres ;* mais il ne faut voir dans cette assimilation qu'une inexactitude de rédaction. La coutume de Paris, à laquelle notre article a été emprunté, rangeait parmi les grosses réparations celles qui étaient à faire aux quatre gros murs, aux *poutres* et aux *entières* toitures. Les rédacteurs du Code, dans un pur intérêt de style, n'ont pas voulu mettre l'adjectif *entières* avant le substantif *toitures :* ils l'ont rejeté à la fin de la phrase sans prendre garde qu'en le changeant de place ils en étendaient le sens et la portée (MM. Val., à son cours ; Demol., t. II, n° 561).

partie : les réparations même *partielles* sont rangées dans la classe des *grosses réparations*.

Pour les toitures, les digues, les murs de soutènement et les murs de clôture, il en est différemment. La loi distingue si la chose doit être réparée dans toutes ses parties ou sur un point seulement. Dans le premier cas, ce qui est à faire est de *grosse réparation;* dans le second, c'est une *réparation d'entretien.* Ainsi, lorsqu'une toiture a été enlevée ou brisée en totalité, il y a lieu à une grosse réparation ; que si, au contraire, la toiture n'est détruite ou détériorée qu'en partie, il y a lieu à une réparation d'entretien.

Quid, des réparations à faire à d'autres objets qu'à des *maisons*, ou aux *bâtiments ordinaires?*

1591. — Toutes les réparations qui ne sont point comprises dans l'énumération des grosses réparations sont des réparations d'entretien. Mais remarquons que l'énumération que nous trouvons dans notre article n'a trait qu'aux *maisons* et aux *bâtiments ordinaires;* quant aux autres objets dont la loi ne parle pas, tels que les navires, les pompes à feu, les appareils fonctionnant dans une usine, ce n'est que d'après l'esprit de la loi et l'analogie des dispositions de notre article qu'on peut et qu'on doit distinguer les grosses réparations des réparations d'entretien.

1592. — Les réparations d'*entretien* sont dites *charges des fruits* : c'est donc à l'usufruitier à les faire et à les supporter sans aucune indemnité.

Certaines grosses réparations ne sont-elles pas à la charge de l'usufruitier?

Les grosses réparations sont des *charges extraordinaires* ou *de propriété*. L'usufruitier n'est pas tenu de les faire, *elles demeurent à la charge du propriétaire*. Toutefois, elles passent à la charge de l'usufruitier, qui alors est tenu de les faire, lorsqu'il est démontré qu'elles ne sont devenues nécessaires que parce qu'il n'a pas fait les réparations d'entretien.

Ainsi, en principe, les grosses réparations ne sont pas à la charge de l'usufruitier; il n'en est tenu que par exception, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été occasionnées par sa faute ou par sa négligence.

Quant aux réparations d'entretien, il en est tenu dans tous les cas, au moins quand la cause qui les a rendues nécessaires est *postérieure* à la constitution d'usufruit.

Est-il tenu des réparations d'entretien qui étaient à faire *lors de son entrée en jouissance?*

1593. — Que décider donc de celles qui étaient à faire *lors de son entrée en jouissance?* Est-il tenu de les faire? Il faut, je crois, résoudre la question par une distinction. Si les réparations à faire sont telles qu'on ne puisse pas les négliger sans compromettre la chose qui les demande, l'usufruitier doit les faire et sans aucune indemnité : car l'entretien ou la conservation de la chose est à sa charge, et, dans l'espèce, il ne l'entretiendrait point s'il ne la faisait réparer. Si, au contraire, leur nature est telle qu'on puisse laisser la chose dans l'état où elle est, sans l'exposer à aucun danger, c'est-à-dire si elles ne doivent pas s'aggraver et occasionner plus tard de grosses réparations, l'usufruitier n'est pas tenu de les faire : car, pourvu qu'il tienne la

chose en l'état où il l'a prise, il est en règle envers le propriétaire (1).

Que s'il les fait volontairement, on doit les considérer non point comme des *réparations proprement dites,* puisque la chose pouvait s'en passer et subsister sans elles, mais comme des *améliorations* pour lesquelles il n'a aucune indemnité à réclamer.

Peut-il se décharger de l'obligation de faire les réparations d'entretien? Le peut-il quant aux réparations *qui sont devenues nécessaires pendant sa jouissance?*

1594. — Ce n'est qu'en sa qualité d'usufruitier qu'il est tenu des réparations d'entretien : il peut donc s'en décharger *pour l'avenir,* en renonçant à son titre d'usufruitier. Mais peut-il, par cette renonciation, s'affranchir des réparations qui sont devenues nécessaires *pendant sa jouissance?*

Quelques personnes admettent qu'il le peut, mais sous la condition de restituer les fruits qu'il a perçus depuis que les réparations dont il veut maintenant s'affranchir sont devenues nécessaires. L'abandon de son droit et la restitution des fruits qu'il en a retirés effacent, disent-elles, complètement, dans le passé comme dans l'avenir, son titre d'usufruitier, et, par suite, la cause de ses obligations nées ou à naître (2).

Dans un autre système, l'usufruitier reste, malgré sa renonciation, tenu des obligations qui ont pris naissance dans sa personne durant l'usufruit. Il a accepté son titre d'usufruitier, il a exercé son droit activement, il en a recueilli les bénéfices : par là même il en a tacitement accepté les charges; il y a eu un quasi-contrat qui l'a obligé personnellement. Qu'il renonce, pour l'avenir, à son droit et aux charges qu'il entraîne! cela se conçoit, et il le peut mais le passé reste définitif. Il ne peut pas faire qu'en fait et en droit il n'ait été usufruitier (3).

1595. — Il nous reste un point à étudier. L'usufruitier est *tenu* des réparations *d'entretien,* — ce qui signifie :

(1) Proud., t. IV, nos 1658 et 1663; Dem., t. II, n° 449 *bis,* I. — M. Demol. (t. II, n° 572) rejette cette distinction. Suivant lui, les réparations d'entretien qui étaient à faire au moment de l'ouverture de l'usufruit ne sont, en aucun cas, à la charge de l'usufruitier. Dans le même sens, Pothier, *Du douaire,* n° 238; MM. Dur., t. IV, n° 620; Aubry et Rau, t. II, § 231, note 18; Laurent, t. VI, n° 544.

(2) Dur., t. IV, n° 623; Dem., t. II, n° 449 *bis,* III; M. Laurent, t. VI, n° 54[illegible]

(3) MM. Bug., *sur Poth.,* t. VI, p. 414; Val., à son cours; Marc., sur l'art. 60[illegible] Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 605; Demol., t. II, nos 577 et 578.

On peut, contre ce système, tirer un argument des principes qui régissent la copropriété. Tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions du mur, en abandonnant son droit de mitoyenneté; c'est la disposition formelle de l'art. 656. Or, cette disposition est absolue : elle s'applique aussi bien aux réparations dont la cause est ancienne, qu'aux réparations qui plus tard pourront devenir nécessaires! Pourquoi la faculté qu'a l'usufruitier ne serait-elle pas de la même nature?

Comp. MM. Aubry et Rau, t. II, § 231, p. 498, note 22. Ces auteurs enseignent, après Pothier (*Du douaire,* n° 237), que l'usufruitier peut se décharger de l'obligation d'effectuer les réparations non occasionnées par sa faute, en renonçant à l'usufruit *et en restituant tous les fruits qu'il a perçus.*

1° Qu'elles restent à sa charge lorsqu'il les a faites : ainsi, aucune indemnité ne lui est due à leur occasion ;

2° Qu'il peut être contraint à les faire : s'il les néglige, le propriétaire peut l'actionner en justice, soit pour le faire déclarer déchu de son droit (art. 618), soit pour se faire autoriser à faire exécuter par d'autres, mais à ses frais, à lui usufruitier, l'obligation dont il est tenu et qu'il refuse de remplir (art. 1144).

Art. 605.

Comment faut-il entendre la règle que *les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire?* La loi a-t-elle entendu dire qu'il *peut être contraint* à les faire sur la demande de l'usufruitier? ou bien a-t-elle voulu dire que *l'usufruitier ne peut pas être contraint* à les faire?

Quant aux *grosses réparations*, il n'en est point tenu ; « *elles demeurent à la charge du propriétaire* . » Quel est le sens de cette règle? En déclarant que les grosses réparations demeurent *à la charge* du propriétaire, la loi a-t-elle entendu dire qu'il est *obligé de les faire, qu'il peut y être contraint, sur la poursuite de l'usufruitier?* ou bien a-t-elle simplement voulu dire que *l'usufruitier ne peut pas être contraint de les faire?*

C'est généralement dans ce dernier sens qu'on résout la question. La loi, dit-on, n'a eu, en faisant l'article 605, qu'un seul but : elle a voulu régler les obligations de l'usufruitier relativement aux réparations, et les limiter aux réparations d'entretien. La phrase où il est dit que les grosses réparations *demeurent à la charge du propriétaire* indique tout simplement que *l'usufruitier n'y est pas obligé*. Et, en effet :

1° L'usufruit est une véritable servitude établie sur la chose d'autrui; or, la servitude, de la part du propriétaire qui la subit, ne consiste *qu'à souffrir* qu'une autre personne se serve de sa chose, conformément à l'objet de la servitude : *Servitutum non ea natura est ut* ALIQUID FACIAT *quis, sed ut aliquid* PATIATUR... L'obligation du nu-propriétaire envers l'usufruitier est donc toute négative : elle consiste, non à *faire jouir* l'usufruitier, mais à *le laisser jouir*. Dès lors, pourvu qu'il s'abstienne des actes qui pourraient apporter quelque obstacle à l'usufruit, l'usufruitier ne peut rien exiger de plus (voy. le n° 1499).

2° L'article 605 ne dit point que le nu-propriétaire est *tenu de faire les grosses réparations;* il déclare seulement qu'elles *demeurent à sa charge*. Or, dire qu'elles *demeurent à sa charge,* c'est évidemment dire qu'elles sont, à son égard, pendant l'usufruit, ce qu'elles étaient avant et ce qu'elles seront après, c'est-à-dire *facultatives*. Supposons l'usufruit non encore constitué ou déjà éteint : les grosses réparations seront à la charge du propriétaire, en ce sens que, s'il ne les fait pas, il en souffrira : car, sa chose périssant, son droit s'éteindra avec elle. Mais il sera libre d'agir comme il l'entendra : il sera maître de compromettre son droit et de le laisser périr. C'est dans le même sens que les grosses réparations sont à sa charge pendant la durée de l'usufruit : la circonstance que son droit est démembré ne peut pas, en effet, le soumettre à des obligations qu'il ne comporte pas lorsqu'il est complet.

3° Si le nu-propriétaire était obligé de faire les grosses réparations, son obligation s'appliquerait (car la loi ne distingue pas) non seulement aux réparations qui sont devenues nécessaires de-

puis le moment où l'usufruit a été constitué, mais encore à celles qui étaient à faire à cette époque; or, cette interprétation est formellement repoussée par l'article 600, qui n'accorde à l'usufruitier que le droit d'exiger les choses *dans l'état où elles se trouvent au moment de l'établissement de l'usufruit.*

4° Mais, dira-t-on, l'article 607, qui affranchit le nu-propriétaire de l'obligation de *rebâtir* ce qui est *tombé de vétusté,* ou ce qui a été *détruit par cas fortuit*, serait complètement inutile s'il était vrai que le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations : car, s'il n'était pas tenu de *réparer,* on n'aurait pas eu besoin d'une disposition formelle pour dire qu'il n'est pas tenu de *rebâtir.* — Cet argument *à contrario* n'a aucune valeur : tout à l'heure, en effet, nous verrons que la disposition de l'article 607 n'est, sous une autre forme, que la reproduction ou la consécration même de ce qui a été dit dans les articles 605 et 606 (voy. les nos 1596 et suiv.).

5° L'article 607, au lieu de nous être contraire, nous est favorable : car, en prévoyant le cas de perte par *vétusté*, il suppose implicitement que le nu-propriétaire n'est pas obligé de faire les grosses réparations. En effet, s'il pouvait y être contraint, de même que l'usufruitier peut être contraint aux réparations d'entretien, la maison sujette à l'usufruit serait *toujours tenue en parfait état de réparations*, et il serait alors impossible que la maison *tombât de vétusté.*

6° Il ne serait pas juste, d'ailleurs, qu'un propriétaire pût être contraint d'emprunter, de vendre ses biens, et de se gêner beaucoup, pour la réparation d'une maison qui sera peut-être sans valeur quand il en aura la jouissance, dont peut-être il ne jouira jamais : car elle peut périr avant que l'usufruit soit éteint. Peut-être même la ferait-il abattre ou la laisserait-il tomber s'il en avait déjà la pleine propriété : car il se peut qu'elle soit d'un entretien dispendieux, ou qu'elle n'entre point dans la distribution nouvelle qu'il se proprose de donner à sa propriété (1)!

(1) En ce sens, Toull., t. III, n° 443; Proud., t. IV, n° 1675; Dur., t. IV, n° 615; MM. Val. et Bug., à leurs cours; Aubry et Rau, t. II, § 233, note 2; Marc., sur l'art. 605; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 605; Demol., t. II, nos 581 et suiv.; Dem., t. II, n° 449 *bis*, IV.

— On peut, par les raisons suivantes, soutenir que les grosses réparations sont *à la charge du nu-propriétaire*, en ce sens qu'il peut, sur la demande de l'usufruitier, être contraint de les faire, à moins qu'il ne préfère abandonner sa nue-propriété :

1° Dire que les grosses réparations sont *à la charge* du propriétaire, c'est évidemment dire qu'il est *tenu* de les faire : car, si elles n'étaient à sa charge qu'en ce sens seulement qu'il s'exposera à perdre son droit de nue-propriété s'il ne les fait pas, il faudrait dire alors, ce qui serait directement contraire au texte de la loi, qu'elles sont également *à la charge* de l'usufruitier, puisque, si personne ne les fait, son droit d'usufruit se trouvera compromis.

Les mêmes mots se trouvent d'ailleurs dans plusieurs articles avec le sens que j'indique. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 664, les gros murs d'une maison dont les étages appartiennent à divers propriétaires sont *à la charge*

1596. — IV. De ce qui est tombé de vétusté ou de ce qui a été détruit par cas fortuit. — L'article 607, qui prévoit ce double cas, porte : « Ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit. »

Art. 607.

La règle que « ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit, » déroge-t-elle à cette autre règle : « Les *réparations d'entretien* doivent être faites par l'usufruitier ; les *grosses réparations* demeurent à la charge du propriétaire? »

Cette disposition ne signifie absolument rien, ou elle contient quelque chose qui n'est pas compris dans l'article 605, aux termes duquel les *réparations d'entretien* doivent être faites par l'usufruitier, tandis que les *grosses réparations* demeurent à la charge du propriétaire, *qui est libre de les faire* ou *de ne pas les faire.*

de chacun d'eux. Or, de l'aveu de tout le monde, chacun des copropriétaires peut *être contraint à faire les réparations qui sont à sa charge.* Les mêmes mots ont encore le même sens dans les art. 655, 682 et 351. Pourquoi donc leur donner un sens différent dans l'art. 605 ?

2° Si la phrase où il est dit que les grosses réparations *demeurent à la charge du propriétaire* signifiait tout simplement que l'*usufruitier n'en est pas tenu,* elle serait complètement inutile, puisque cette idée est déjà implicitement contenue dans la première phrase, aux termes de laquelle l'usufruitier *n'est* tenu *que* des réparations *d'entretien.*

3° C'est à tort qu'on affirme que l'art. 605 n'a eu pour objet que le règlement *des obligations de l'usufruitier* relativement aux réparations. Le contraire résulte de la combinaison de cet article avec l'ensemble des dispositions du chapitre : car, partout où la loi traite des charges de l'usufruit, dans les art. 609 et 612, elle règle : 1° les obligations de l'usufruitier; 2° les obligations du nu-propriétaire.

4° Lorsqu'une chose est *commune,* chacun des copropriétaires est *obligé* de contribuer aux dépenses de conservation qu'elle exige, à moins qu'il ne préfère abandonner sa copropriété (art. 656 et 664) ; or, la maison sujette à l'usufruit est aussi une chose commune *sui generis,* puisqu'elle appartient en même temps à deux personnes, dont l'une a la jouissance et l'autre la disposition. Dès lors, pourquoi ne pas suivre à leur égard la règle que la loi impose aux copropriétaires proprement dits et aux propriétaires voisins? Sans doute, le nu-propriétaire n'est pas obligé de faire jouir l'usufruitier, de tenir à cet effet la chose en bon état de réparation; mais, dans l'espèce, l'usufruitier ne lui demande rien de semblable. « Mon droit, lui dit-il, est dépendant du vôtre, auquel il est essentiellement lié : si le vôtre périt, le mien périra avec lui. Or, lorsque deux personnes ont un intérêt commun à la conservation d'une chose, il n'est permis à aucune d'elles de laisser périr son droit : elles doivent l'une et l'autre contribuer aux dépenses qu'exige la conservation de la chose commune. J'y ai contribué, moi, pour les dépenses *d'entretien;* contribuez, vous, pour les grosses réparations. J'ai fait mon devoir, faites le vôtre! sinon, renoncez à votre droit. » Ce n'est donc pas en qualité de nu-propriétaire qu'il est obligé , c'est en qualité de *co-intéressé.*

Les art. 608 et 609 confirment ce système. La loi y a traité des *charges* auxquelles la chose peut être soumise pendant la durée de l'usufruit. L'usufruitier supporte à lui seul les charges *annuelles.* Quant aux charges *extraordinaires* que la loi appelle charges *de la propriété,* l'usufruitier y contribue pour *l'intérêt,* et le propriétaire pour le *capital* des sommes à payer. L'article ajoute que le propriétaire *est obligé* de les payer, sauf à l'usufruitier à lui tenir compte des intérêts. L'usufruitier peut donc, pour la conservation de son droit de jouissance, le contraindre directement à l'exécution de son obligation. Pourquoi donc en serait-il différemment des grosses réparations ? Ne sont-ce pas aussi des charges *extraordinaires,* des charges de la propriété ?

Voy., en ce dernier sens, Delvincourt, t. I, p. 150, note 8; M. Laurent, t. VI, n° 548.

Si elle contient une idée nouvelle, quelle peut être cette idée? Examinons.

L'usufruitier, pourra-t-on dire, doit faire les réparations d'entretien. Telle est la règle posée dans l'article 605. Mais l'article 607 y apporte un tempérament : lorsque les réparations à faire ont été occasionnées par la *vétusté* ou par *un cas fortuit*, l'usufruitier n'en est pas tenu. Ainsi, les dégradations, détériorations ou pertes partielles, provenant *de sa faute* ou *de l'usage de la chose*, sont les seules qui l'obligent (1).

Mais, si l'article 607 devait être entendu dans ce sens, ce serait l'abrogation à peu près complète de la règle posée dans l'article 605 : car, la plupart des réparations d'entretien étant occasionnées *par la vétusté* ou *par des cas fortuits*, il ne serait plus exact de dire que l'usufruitier est tenu de l'entretien de la chose; la vérité, c'est qu'en principe il n'en serait pas tenu. Or, comment supposer une contradiction si frappante et si peu motivée entre deux articles si rapprochés? Pourquoi l'usufruitier, qui a tous les revenus, ne supporterait-il point toutes les dépenses qui, par leur nature, sont considérées comme charge des fruits? N'est-ce pas par cette raison qu'il doit payer les charges annuelles, telles que les impositions (art. 608)? Or, cette dépense n'a été occasionnée ni par sa faute, ni par l'usage de la chose! Tenons-nous-en donc au principe de l'article 605. L'usufruitier fait toutes les dépenses qui sont réputées charges de sa jouissance. Peu importe la cause qui les a rendues nécessaires : la loi ne distingue pas.

1597. — Quant au nu-propriétaire, ceux qui prétendent qu'il peut être contraint de faire les grosses réparations expliquent facilement l'article 607. « Le propriétaire, disent-ils, est tenu de faire les grosses réparations, c'est-à-dire de rétablir ce qui est tombé ou ce qui a été détruit *en partie;* mais, si la maison est tombée ou détruite *en totalité,* le nu-propriétaire n'est pas obligé de la *rebâtir.* »

Si c'est là ce qu'a voulu dire l'article 607, la pensée de la loi est tout entière contenue, non plus dans les mots : perte *par vétusté* ou *par cas fortuit*, mais dans le mot *rebâtir*, qui supposerait une *perte totale* de la maison. Or, cette supposition n'est pas possible car l'article 607 s'applique à *l'usufruitier* comme au propriétaire; et à l'égard de l'usufruitier, qui n'est tenu que des réparations d'entretien, il ne peut être question de rebâtir une maison détruite en totalité. Il serait, en effet, ridicule de faire un texte exprès pour dire que celui qui *n'est* tenu *que d'entretenir* la maison, n'est pas tenu de la *rétablir quand elle est complètement détruite.* Et d'ailleurs, si le nu-propriétaire était obligé de faire les grosses réparations, *c'est qu'il serait obligé de faire jouir l'usufruitier;* mais alors pourquoi ne serait-il pas obligé de rebâtir ce qui est tombé par vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit? Ainsi, la *toiture*

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. II, § 231, note 19.

d'une grange faisant partie d'un domaine sujet à l'usufruit est-elle enlevée par un cas fortuit, le nu-propriétaire doit la rétablir! *la grange elle-même* est-elle enlevée, il n'est point tenu de la rebâtir! Cette distinction n'a point de raison d'être: car, que la toiture de la grange soit enlevée ou que la grange soit détruite, dans l'un et l'autre cas, l'usufruitier est entravé dans sa jouissance.

Ainsi, de quelque manière qu'on envisage l'article 607, on aboutit à des impossibilités ou à des contradictions. Il faut donc le laisser de côté et n'en tenir aucun compte. C'est par mégarde qu'il s'est glissé dans le Code. Il a été copié dans la loi 7, § 2, *De usufructu*, au Digeste. Or, cette loi a été reproduite tout entière dans l'article 605. Malheureusement cette loi est un peu prolixe. Les rédacteurs du Code, qui s'efforçaient de la reproduire dans toutes ses parties, en ont détaché la phrase dont ils ont fait l'article 607, sans prendre garde que cette phrase n'ajoutait absolument rien au système général qu'ils avaient déjà consacré (1).

1598. — L'usufruitier n'est pas tenu de faire les grosses réparations; le nu-propriétaire également n'en est point tenu. Mais, si l'un ou l'autre se décide à les faire, qu'arrivera-t-il alors? Art. 605 et 606. L'usufruitier qui a fait de grosses réparations a-t-il droit à une indemnité?

Qu'adviendra-t-il si l'un des deux rebâtit la maison tombée ou détruite *en totalité?*

Il faut, pour répondre à ces questions, user de distinctions.

1599. — 1° *Grosses réparations.* — Si l'usufruitier les a faites, lui fera-t-on l'application de l'article 599? Dira-t-on qu'il a *amélioré* la chose, et qu'ainsi il n'a droit à aucune indemnité?

La négative est généralement admise. *Les grosses réparations* ne doivent pas, dit-on, être confondues avec des *améliorations*. L'*amélioration* est une spéculation de la part de l'usufruitier. Il dépense, parce qu'il le veut bien, et qu'il espère augmenter sa jouissance. C'est donc à ses risques et périls qu'il agit. L'augmentation de jouissance qu'il crée par sa dépense lui sert d'indemnité (voy. le n° 1567, 4°). Il n'en est pas ainsi des *grosses réparations*. L'usufruitier n'est pas libre de ne pas les faire, puisque, s'il les négligeait, la chose périrait, ce qui entraînerait la perte de son droit d'usufruit. C'est une nécessité qu'il subit. Les deux cas sont donc bien différents. Dès lors la même règle ne saurait leur être appliquée; et, comme l'article 599 ne régit point le second, on ne peut rien faire de mieux que de l'assimiler au cas prévu par l'article 609. Ainsi, les grosses réparations sont considérées comme des *charges de la propriété :* si l'usufruitier les fait lui-même, il a droit à la répétition du capital, à la fin de l'usufruit (2).

(1) MM. Val., à son cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 607; Demol., t. II, n°s 587 et 588. — *Contrà*, M. Laurent, t. VI, n° 551.

(2) M. Bugnet n'est pas de cet avis. Accorder à l'usufruitier qui fait de grosses réparations une action en répétition du capital dépensé, c'est, dit-il, indirectement lui donner un droit que la loi lui refuse directement, celui de

Toutefois, s'il était démontré que le propriétaire n'avait aucun intérêt à la conservation de la maison qui a été réparée, qu'il entrait dans ses projets de la démolir ou de la laisser tomber, aucune indemnité ne serait due à l'usufruitier; celui-ci n'aurait alors que le droit de démolir et de reprendre ses matériaux.

Quid, si les grosses réparations ont été faites par le propriétaire?

— Si les grosses réparations ont été faites par le propriétaire, l'usufruitier en profitera, mais à la charge de payer, pendant sa jouissance, l'intérêt du capital dépensé par le propriétaire (arg. d'anal. tiré de l'art. 609).

Quid, si l'usufruitier rebâtit un bâtiment tombé ou détruit en totalité?

Quelle distinction faut-il faire pour résoudre cette question?

1600. — 2° *Bâtiments tombés ou détruits en totalité.* — Deux cas sont possibles.

Premier cas. — *L'usufruit n'existait que sur le bâtiment qui a été détruit.* — Dans cette hypothèse, l'usufruit étant éteint, les règles qui le régissent ne sont plus applicables.

Si l'usufruitier rebâtit la maison, on le traite alors comme un détenteur de mauvaise foi, ce qui amène l'application de l'article 555. Ainsi, il n'a que le droit de démolir et de reprendre ses matériaux, à moins que le propriétaire ne préfère garder la construction en payant ce qu'elle a coûté.

Que si la maison a été rebâtie par le propriétaire, l'usufruitier n'y a aucun droit (art. 617).

Deuxième cas. — *Le bâtiment détruit ou tombé faisait partie d'une ferme sujette à l'usufruit.* — Dans cette hypothèse, le droit de l'usufruitier subsiste sur le sol, puisque le sol mis à nu par la chute du bâtiment n'est qu'une partie de la ferme qui est l'objet principal de l'usufruit.

Si l'usufruitier rétablit le bâtiment, le propriétaire devra-t-il, à la fin de l'usufruit, rembourser le capital dépensé? Non, dit-on, car, dans l'espèce, ce n'est point une *réparation* qu'il a faite; il a fait une construction nouvelle, une *amélioration*, qui est régie par l'article 599. — Dans un autre système, on peut dire que l'usufruitier a, dans l'espèce, réparé le domaine dont le bâtiment faisait partie, et qu'ainsi il a fait une dépense *nécessaire*, qui doit être régie par le principe doctrinal de l'article 609.

Si le bâtiment a été rebâti par le propriétaire, l'usufruitier en aura évidemment la jouissance : car le bâtiment n'est que l'accessoire de la ferme sujette à son droit d'usufruit. Mais ici encore, et conformément au même article 609, l'*intérêt* du capital dépensé par le propriétaire devra rester à la charge de l'usufruitier (1).

Comment l'usufruitier doit-il jouir d'un troupeau?

Qu'a de particulier l'obligation qui lui est imposée d'entretenir le troupeau?

1601. — L'obligation d'entretenir la chose sujette à l'usufruit est générale. Elle s'applique donc aux biens ruraux comme aux bâtiments, aux meubles comme aux immeubles. Ainsi, lorsqu'une pépinière est comprise dans l'usufruit, l'usufruitier n'en peut

contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations (Notes sur Poth., t. VI, p. 438). — Comp. M. Laurent, t. VI, n° 550.

(1) Voy., sur cette matière, M. Demol., t. II, nos 590 et s.; ajoutez aux nombreuses autorités qu'il cite M. Dem., t. II, n° 449 *bis*, VI-VII.

jouir qu'à la condition de remplacer par de nouveaux arbres ou de nouveaux semis les arbres qu'il en retire, de manière à la maintenir dans l'état où il l'a reçue. De même, l'usufruitier d'un troupeau n'en peut jouir qu'à la charge de l'entretenir : il doit donc remplacer par de nouvelles têtes d'animaux les têtes qui ont péri, ou dont il a disposé lorsqu'ils étaient trop vieux pour être conservés.

Mais, *quant au troupeau*, l'obligation d'entretenir a une *limite* qu'elle n'a point dans les autres cas. L'usufruitier d'une maison ou de tout autre immeuble est obligé de l'entretenir, alors même que l'entretien qu'il est obligé d'en faire ne serait point couvert par les profits qu'il en retire, sauf à lui, si la charge lui paraît trop lourde, à s'en affranchir en renonçant à son droit d'usufruit. Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un troupeau : l'usufruitier n'est obligé de l'entretenir que jusqu'à concurrence du profit qu'il en retire. C'est ce qu'exprime la loi lorsqu'elle dit, dans l'article 616, que l'usufruitier n'est tenu de remplacer *que jusqu'à concurrence du croît* les têtes d'animaux qui ont péri.

1602. — Mais de quel *croît* entend-elle parler?

Le remplacement ne doit-il se faire que jusqu'à concurrence *du croît futur,* c'est-à-dire du croît qui naîtra postérieurement à l'accident qui a amené la perte des animaux à remplacer? ou bien doit-il avoir lieu tout à la fois sur le croît *futur* et sur le croît *antérieur?*

Le remplacement n'est-il obligatoire que jusqu'à concurrence du croît *futur ?* ou bien l'est-il jusqu'à concurrence tout à la fois du croît *futur* et du croît *antérieur ?*

Quelques personnes tiennent pour le dernier parti. La loi, disent-elles, veut que le remplacement se fasse *jusqu'à concurrence du croît,* sans distinguer entre le croît perçu et le croît à percevoir. Sa pensée est celle-ci : « L'usufruitier d'un troupeau ne gagne le croît qu'il en retire que déduction faite des têtes qu'il devra employer à l'entretien du troupeau. » C'est au moins ce qu'enseigne Domat : « Il suffit, dit-il, que l'usufruitier gagne les profits qu'il tire des animaux, et qu'il ait de plus tout ce qui passe le nombre qu'il doit conserver. » Qu'il ne se plaigne pas ! sa position ne laisse pas que d'être très favorable : car, tandis qu'un usufruitier ordinaire est obligé de faire toutes les dépenses d'entretien, lors même qu'elles dépassent ses bénéfices, lui, usufruitier d'un troupeau, n'en est jamais tenu que dans la limite du profit qu'il en retire (1).

Suivant l'opinion générale, au contraire, le remplacement n'est dû que jusqu'à concurrence du croît *futur*. L'usufruitier, dit-on, acquiert les fruits par la perception ; dès qu'il les a perçus, ils lui appartiennent irrévocablement. Un accident ne peut pas avoir pour effet de le dépouiller d'une propriété acquise. Le système contraire serait fort dangereux. Qu'on suppose, en effet, que le troupeau soit, par suite d'une maladie contagieuse, réduit à quel-

(1) Proud., t. III, n° 1093 ; MM. Val., à son cours ; Aubry et Rau, t. II, § 236, notes 15 et 16 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 616 ; Laurent, t. VI, n° 536.

ques têtes, et, par exemple, qu'un troupeau de 100 vaches soi réduit à deux ou à quatre! Si l'usufruitier était obligé, sous pré texte que le troupeau subsiste toujours, de le compléter par l croît antérieurement acquis, *il aurait intérêt à faire périr les tête qui restent* : car alors, le troupeau n'existant plus, il n'aurait poin à le compléter, ce qui lui permettrait de conserver les profits qu'i en a antérieurement retirés (1).

Art. 613.

A la charge de qui sont les frais occasionnés par les procès concernant le bien sujet à l'usufruit ?

1603. — V. Des frais des procès. — Les procès qui surviennen pendant l'usufruit peuvent concerner :

1° *La jouissance seulement.* Tel est le cas où deux légataires pré tendant droit à l'usufruit contestent sur ce point; ou encore le ca où un fermier réclame la remise d'une portion du prix du bail sous prétexte que la récolte d'une année lui a été enlevée par ca fortuit (voy. l'art. 1769).

2° *La nue-propriété seulement.* Tel est le cas où, le testateur ayan légué l'usufruit d'un fonds à une personne et la nue-propriété une autre, l'héritier légitime soutient que le legs de la nue-propriété n'est pas valable.

3° *La pleine propriété*, comme lorsqu'un tiers revendique l fonds.

Les frais des procès qui ne concernent que l'usufruit sont supportés par l'usufruitier.

Ceux des procès qui ne concernent que la nue-propriété resten à la charge du propriétaire.

Quant aux frais qui proviennent des procès relatifs à la plein propriété, on leur fait l'application du principe de l'article 609 le propriétaire y contribue pour le capital et l'usufruitier pour le intérêts.

Quid, lorsque l'usufruit a été constitué *à titre onéreux ?*

Remarquons, toutefois, que cette contribution ne s'applique pas du moins dans la plupart des cas, lorsque l'usufruit a été constitué *à titre onéreux :* car le constituant, étant alors garant de évictions que pourrait subir l'usufruitier, devrait, le cas arrivant le rendre complètement indemne (art. 1630).

Art. 610 à 612.

Lorsqu'un testateur a fait un legs d'usufruit, l'usufruitier contribue-t-il au paiement des dettes de la succession ?

Quelles distinctions faut-il faire à cet égard ?

Dans le cas où l'usufruitier doit contribuer au paiement des dettes du défunt, dans quelle proportion doit-il y contribuer ?

1604. — VI. Des dettes et autres charges de la succession dans le cas ou l'usufruit a été constitué par testament (voy. l *Form.* 201). — Les légataires d'usufruit ne recueillent rien dan le *capital* de la succession ; leur droit se borne aux *revenus* de biens qui leur sont attribués en jouissance. Cela posé, la loi, considérant que, dans l'usage, les propriétaires qui administrent sagement leur fortune emploient leurs revenus actifs à l'acquittemen des revenus passifs, a établi une corrélation, d'une part, entre l *capital actif* et le *capital passif* et, d'autre part, entre le *reven actif* et le *revenu passif*, de la succession. Là où va le capital actif, là va le capital passif ; là où va le revenu actif, là va le revenu passif.

(1) MM. Dur., t. IV, n° 630; Bug., à son cours; Marc., sur l'art. 616; Demol., t. II, n° 315; Dem., t. II, n° 458 *bis*, II. — Comp., pour le droit romain, M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 547 et 548 de la 3e édition.

Un légataire recueille-t-il la *pleine propriété* des biens, il paie les dettes en *capital et intérêts*. Recueille-t-il la *nue-propriété* seulement, les dettes ne sont à sa charge que pour le *capital* seulement. N'a-t-il que l'*usufruit*, il ne supporte que les *intérêts* des dettes.

Toutefois, il peut arriver que le paiement des dettes ne regarde pas du tout les légataires ; il peut arriver aussi qu'ils n'aient à contribuer que pour une portion. Enfin, il faut remarquer qu'outre les *dettes*, les légataires peuvent être appelés à supporter d'autres *charges* de la succession.

Nous avons donc à rechercher : 1° quels sont les légataires d'usufruit qui contribuent aux charges de la succession ; 2° dans quelles proportions ils y contribuent ; et 3° quelles sont les charges auxquelles ils doivent contribuer. Il faut, pour résoudre cette triple question, voir comment la loi la résout à l'égard des légataires de la pleine propriété : car tout ce qui est vrai des légataires de la propriété, quant *au capital* des dettes et des charges de la succession, l'est également des légataires de l'usufruit, quant aux *intérêts* de ces mêmes dettes et de ces mêmes charges.

La loi distingue trois espèces de legs de propriété, savoir : 1° le legs universel ; 2° le legs à titre universel ; 3° le legs particulier.

Le legs *universel* est celui qui donne *vocation* à la totalité des biens, c'est-à-dire un droit *éventuel* au tout. Remarquez qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un legs soit universel, que le légataire recueille effectivement toute la succession ; il suffit que le legs donne vocation au tout, c'est-à-dire qu'il soit conçu de telle façon que, dans un cas donné, le légataire puisse avoir le tout. En un mot, ce n'est pas par le *résultat* d'un legs qu'on le qualifie, c'est par la *vocation* qu'il donne. Un legs peut donc être universel, bien qu'*en fait* il n'attribue au légataire qu'une très faible portion des biens de la succession. Je vous ai légué *tous mes biens;* dans le même testament, j'ai fait un grand nombre de legs particuliers que vous devez acquitter : l'acquittement de ces legs particuliers réduira peut-être votre part à presque rien ; mais il est possible que vous ayez le tout : car, si tous les légataires particuliers meurent avant le testateur, ou si, lui ayant survécu, ils renoncent, la succession tout entière vous appartiendra. Vous avez un droit *éventuel au tout,* cela suffit pour que votre legs soit *universel* (art. 1003).

1605. — La loi ne définit point le legs *à titre universel;* elle se contente d'énumérer les cas dans lesquels il a lieu. Ces cas sont au nombre de cinq. Le legs est à titre universel lorsque le testateur a légué :

Soit une fraction des biens dont il peut disposer, telle qu'un tiers, un quart ;

Soit tous ses immeubles ;

Soit tous ses meubles ;

Soit une fraction de tous ses immeubles;

Soit enfin une fraction de tous ses meubles (art. 1010).

Tout autre legs est à titre particulier. Le legs *particulier* es donc celui qui n'est ni universel ni à titre universel (art. 1010).

De là il résulte que le legs *en usufruit*, soit qu'il porte sur la to talité des biens, soit qu'il porte sur une fraction des biens, ou su tous les immeubles, ou sur tous les meubles, ou sur une fractio de tous les immeubles, ou enfin sur une fraction de tous les meu bles, *n'est toujours qu'un legs particulier*. Supposons le legs d l'usufruit *de tous les biens* : ce legs n'est point *universel*, puisqu' ne donne point vocation au tout; il ne donne point vocation a tout, puisque la *nue-propriété* des biens n'y est pas comprise. O ne peut pas dire non plus que ce soit *un legs à titre universel*, puis qu'il est impossible de le faire rentrer dans l'un des cinq cas d legs à titre universel. C'est donc *un legs particulier*.

Cependant la loi, dans les articles 610 à 612, parle de léga taires *universels*, de légataires *à titre universel* et de légataire *particuliers* de l'usufruit des biens; mais il ne faut voir là qu'un manière de parler. Tous les legs d'usufruit sont des legs parti culiers (1); mais, comme, de même que le legs *de propriété*, i portent tantôt sur l'universalité des biens, tantôt sur tous les im meubles ou sur tous les meubles, tantôt sur des objets détermi nés, la loi, afin de les distinguer, et parce qu'elle n'avait poin d'expression plus propre pour les caractériser, les a, suivant le cas, appelés *legs universel, à titre universel* ou *à titre particulie d'usufruit*.

1606. — Les légataires universels ou à tire universel, en plein propriété, contribuent aux charges de la succession, proportion nellement à la part qu'ils y prennent. Ainsi, le légataire univers vient-il seul : il paie toutes les dettes, parce qu'il a tous les bien Concourt-il avec d'autres successeurs, c'est-à-dire soit avec de héritiers réservataires, soit avec d'autres légataires universel soit enfin avec des légataires à titre universel : il paye dans le dettes une part correspondante à la part qu'il prend dans le biens : s'il prend un quart des biens, il paye un quart des dette

Les légataires à titre universel ne payent jamais les dettes *e totalité*, parce qu'ils ne sont jamais appelés qu'à *une fraction* de biens. Leur part dans les dettes est déterminée par la part qu'i prennent dans l'actif de la succession : c'est le tiers, le quart, moitié..., suivant qu'ils recueillent le tiers, le quart ou la moit des biens (art. 1009, 1012 et 871).

Quant aux légataires particuliers, si étendu que soit leur leg ils ne contribuent point au paiement des dettes : ils recueille leurs legs francs des charges de la succession, pourvu d'ailleu que les autres biens suffisent pour les acquitter (art. 871 et 1024

(1) MM. Aubry et Rau, t. II, § 232, p. 504, note 5; t. VII, § 714, p. 4 et 469, notes 19 et 20.

'outefois, si l'objet qui leur a été légué est un *immeuble*, et si cet mmeuble est grevé d'une hypothèque, le créancier hypothécaire, qui a le droit d'agir contre tout détenteur de l'immeuble sur lequel il a une hypothèque, peut s'adresser au légataire particulier et le forcer de payer, s'il ne préfère abandonner l'immeuble hypothéqué (art. 871 et 2166). Mais alors ce n'est qu'une avance que e légataire fait : car la dette qu'il paye n'est pas la sienne, c'est celle des successeurs universels ou à titre universel du défunt. En la payant il les libère, il fait leur affaire : il a donc contre eux une action de gestion d'affaires, pour les forcer de rembourser ce qu'il a payé à leur décharge. Outre cette action, il a encore 'action du créancier hypothécaire qu'il a désintéressé. Nous verrons, en effet, plus tard, que le tiers détenteur d'un bien hypothéqué qui paye les créanciers hypothécaires leur est de plein droit *subrogé* (voy. l'explic. des art. 874 et 1251-3°).

Les légataires d'un usufruit universel ou d'un usufruit à titre universel ne contribuent-ils qu'au paiement *des dettes* laissées par le défunt ?

1607. — Les légataires universels et à titre universel en propriété ne contribuent pas seulement *aux dettes* laissées par le défunt; ils contribuent, en outre, *aux charges* de la succession. On comprend sous ce nom les frais funéraires, les frais de scellés, l'inventaire, et aussi les legs particuliers (voy. les art. 870 et 871, et surtout les art. 1009, 1012 et 1013).

1608. — Rien n'est plus facile que d'adapter cette théorie *aux legs d'usufruit*. Il suffit pour cela de remplacer les mots *dettes ou charges* par les mots *intérêts* des dettes ou des charges.

Ainsi, le legs de l'usufruit porte-t-il sur l'universalité des biens : l'usufruitier, qui a tous les revenus actifs, supporte tous les revenus passifs de la succession, c'est-à-dire la totalité des *intérêts* des dettes et des charges, lesquelles sont supportées *pour le capital* par les successeurs universels ou à titre universel de la nue-propriété. Porte-t-il seulement sur une fraction, par exemple, sur un tiers ou sur un quart des biens : l'usufruitier supporte une fraction correspondante, un tiers ou un quart des intérêts, des dettes et des charges de la succession.

Quid, quant aux arrérages des rentes passives ?

Ce qui est vrai des *intérêts des dettes* l'est également des *arrérages* des rentes passives, perpétuelles ou viagères : car les *arrérages*, de même que les *intérêts* des dettes, sont des revenus passifs. Si la loi a pris la peine de s'expliquer sur ce point à l'égard des arrérages des rentes *viagères*, c'est qu'elle a voulu prévenir e même doute qu'elle a tranché, au point de vue actif, dans l'article 588 (voy. les nos 1536 à 1538).

Ainsi, de même que le légataire universel ou à titre universel de l'usufruit gagne activement, en tout ou en partie, les arrérages des rentes viagères comprises dans son legs, de même et par une juste réciprocité, c'est à lui qu'incombe naturellement la charge de payer, en tout ou en partie, les arrérages des rentes que le défunt a laissées dans le passif de sa succession. J'ai légué à mon domestique une rente viagère de 500 fr. par an; j'ai légué à Paul l'usufruit et à Pierre la nue-propriété de tous mes biens : Paul

payera intégralement les arrérages de la rente, sans aucune répé-tition de sa part contre Pierre. Si Paul n'avait reçu que l'usufrui du quart ou de la moitié de tous mes biens, les arrérages de l rente viagère dont il s'agit ne seraient par lui payés que pour u quart ou pour la moitié.

A la charge de qui est le paiement des pensions alimentaires léguées par le défunt?

1609. — Enfin, ce que la loi dit des *rentes*, elle le dit égalemen des pensions alimentaires. Ainsi, elles seront servies par le léga-taire universel de l'usufruit dans leur intégralité, et par le léga-taire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouis-sance, sans aucune répétition de leur part.

Comment détermine-t-on la part des dettes aux intérêts desquelles l'usufruitier doit contribuer?
La règle que la loi donne sur ce point n'est-elle pas inexacte sous plusieurs rapports?
Est-il toujours nécessaire de faire une estimation des biens?
Quand donc cette estimation est-elle nécessaire?

1610. — L'article 612 veut que, pour déterminer la part de dettes aux intérêts desquelles l'usufruitier doit contribuer, *on es-time la valeur du fonds sujet à l'usufruit*. Il y a là plusieurs inexac-titudes.

1° Il n'y a lieu à aucune estimation lorsque le legs d'usufruit es universel : l'usufruitier, ayant tous les revenus actifs, doit sup-porter tous les revenus passifs de la succession. — Quant au legs titre universel, s'il porte sur une *fraction de tous les biens*, aucun estimation encore n'est nécessaire. La contribution de l'usufruitie aux intérêts des dettes est fixée par la nature même du legs : ell est d'un tiers, d'un quart ou de la moitié..., suivant qu'il a l'usu-fruit d'un tiers, d'un quart ou de la moitié des biens.

Quand donc y a-t-il lieu à l'estimation des biens sujets à l'usu-fruit? Dans quatre cas seulement. L'estimation est nécessaire lorsque le legs à titre universel porte, non pas sur une fraction d tous les biens, mais sur *tous les immeubles*, ou sur *tous les meubles* ou sur *une fraction de tous les immeubles*, ou enfin sur *une fractio de tous les meubles*. Dans ces diverses hypothèses, on estime le biens sujets à l'usufruit, et l'on fixe, en comparant leur valeur la valeur des autres biens, la fraction des dettes aux intérêts des-quelles le légataire doit contribuer. Soit un legs d'usufruit *sur tou les immeubles de la succession* ; les immeubles sont estimés 80,000 fr. les meubles 20,000; la succession est donc de 100,000 fr. : — l'usufruitier a l'usufruit de 80,000 sur 100,000, c'est-à-dire l'usu-fruit des quatre cinquièmes de la succession ; il supportera le quatre cinquièmes des intérêts des dettes.

Quels biens faut-il alors estimer?

2° Ce n'est pas *le fonds* sujet à l'usufruit qu'il faut estimer, c sont *les biens* sur lesquels il porte : car, s'il était limité à *un fonds* le legs serait particulier, même au point de vue de l'usufruit, e l'usufruitier n'aurait rien à payer.

3° Ce ne sont pas seulement les biens *sujets à l'usufruit* qu'i faut estimer, ce sont aussi les autres biens : car ce n'est que pa la comparaison de leurs valeurs respectives qu'on peut fixer l part pour laquelle l'usufruitier doit contribuer.

Lorsque les dettes doivent être en tout ou en partie supportées, quant aux intérêts, par l'usufruitier, et pour le capital par le proprié-

1611. — Lorsque le testateur a fait un legs universel ou à titr universel d'*usufruit*, les *intérêts* des dettes entrent seuls dans l contribution du légataire. Quant au *capital* des mêmes dettes, i est à la charge des successeurs universels ou à titre universel d

la propriété. Mais comment le payement sera-t-il effectué? Lequel de l'usufruitier ou du propriétaire sera tenu de faire l'avance? Et, si ni l'un ni l'autre ne consent à faire cette avance, comment procédera-t-on? La loi a sur ce point tracé trois partis à prendre : taire, comment s'effectue le paiement?

1° Si l'usufruitier paye de ses deniers, le capital lui est restitué par le propriétaire, à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. *Quid*, si c'est l'usufruitier qui paie?

2° Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire peut la faire lui-même, et alors l'usufruitier lui tient compte des intérêts du capital déboursé, pendant toute la durée de son usufruit. *Quid*, si c'est le propriétaire?

3° Si le propriétaire ne veut pas ou ne peut pas lui-même avancer les fonds, il peut exiger qu'on vende, pour l'acquittement des dettes auxquelles ils doivent lui et l'usufruitier contribuer, une portion des biens sujets à l'usufruit. L'usufruitier perd alors *la jouissance* et le propriétaire *la nue-propriété* des biens qui ont été vendus. *Quid*, si ni l'un ni l'autre ne consentent à faire l'avance?

Ainsi, quel que soit le parti que l'on prenne, le résultat est toujours le même.

Le légataire particulier d'un droit d'usufruit est-il obligé de contribuer au paiement des dettes du défunt?

Peut-il être actionné par les créanciers?

Dans le cas où il peut l'être, contre qui a-t-il un recours?

Quelles actions a-t-il pour exercer son recours?

1612. — Quant au légataire *particulier* d'un *droit d'usufruit*, il n'a rien à payer. De même que le légataire particulier d'un *droit de propriété* conserve son legs franc et quitte des *dettes* et *charges* de la succession, lui, légataire en usufruit, conserve le sien franc et quitte des intérêts de ces mêmes dettes et de ces mêmes charges.

Toutefois, si la chose sujette à son droit est un immeuble, et si cet immeuble est hypothéqué, il peut être contraint, à moins qu'il ne préfère abandonner l'immeuble, de payer le créancier hypothécaire. Mais alors il a son recours *contre qui de droit*. Notre article 611 dit : *contre le nu-propriétaire de l'immeuble sujet à l'usufruit;* ajoutez : ou *contre le débiteur de la dette acquittée*, lors même qu'il ne serait pas le *nu-propriétaire* de l'immeuble hypothéqué. Je m'explique par une espèce. Une personne a légué à *Primus* l'usufruit, à *Secundus* la nue-propriété de sa maison, laquelle est affectée par hypothèque au paiement d'une dette de 10,000 fr.; le même testateur a, de plus, légué à *Tertius* l'universalité de ses biens. Si le créancier hypothécaire s'adresse à *Primus*, légataire de l'usufruit, et se fait payer par lui, celui-ci pourra alors recourir, à son choix :

1° Contre *Secundus*, légataire de la nue-propriété de la maison. En payant, *Primus* a éteint l'hypothèque qui pesait sur sa jouissance et sur la nue-propriété de *Secundus*. Il a fait sa propre affaire, mais en même temps il a fait celle de *Secundus*. Il a donc contre lui un recours, mais seulement pour le *capital* et à la fin de l'usufruit.

2° Contre *Tertius*, le légataire universel : car la dette qui a été payée c'était la sienne; c'est lui, lui seul, qui devait la supporter en capital et en intérêts. — Si le capital a déjà été remboursé par

Secundus (le nu-propriétaire) à *Primus* (l'usufruitier), l'un et l'autre recourront alors contre lui, *Primus* pour les intérêts, *Secundus* pour le capital. Ils auront, à cet effet, deux actions, l'action de gestion d'affaires, et l'action du créancier auquel ils sont l'un et l'autre subrogés (art. 1251-3°).

L'usufruitier particulier qui a payé une dette hypothécaire a son recours à exercer contre le propriétaire, *sauf ce qui sera dit à l'art.* 1020 : quel est le sens de ce renvoi?

1613. — Après avoir dit que l'usufruitier particulier qui a payé une dette hypothécaire a son recours contre le propriétaire, notre Code ajoute : *sauf ce qui sera dit à l'article* 1020. Ce renvoi signifie que le testateur qui lègue l'usufruit d'un immeuble hypothéqué peut imposer à ses héritiers l'obligation de payer le créancier hypothécaire, avant de délivrer l'immeuble à l'usufruitier, afin que celui-ci ne soit pas exposé à payer lui-même une dette qui, en définitive, ne doit pas rester à sa charge.

§ III. *Des obligations de l'usufruitier à la fin de l'usufruit.*

Art. 615 et 616.

Quelles sont les obligations de l'usufruitier à la fin de l'usufruit?

Quid, si la chose sujette à l'usufruit a péri en totalité sans la faute de l'usufruitier?

1614. — L'usufruitier, étant détenteur de la chose d'autrui, est tenu, lorsque son usufruit cesse, de rendre compte au propriétaire.

La chose sujette à l'usufruit a-t-elle péri, en totalité, par cas fortuit, ou par force majeure, ou plus généralement sans la faute de l'usufruitier : son obligation de restituer est éteinte faute d'objet. Ainsi, l'usufruitier d'une rente viagère qui s'est éteinte alors que l'usufruit qui pesait sur elle durait encore n'a rien à rendre (voy. le n° 1538).

Quid, si elle n'a péri qu'en partie?

Quid, par exemple, dans le cas où l'usufruit était constitué sur un troupeau qui a péri en tout ou en partie?

La chose n'a-t-elle péri qu'en partie : il est tenu de la restituer; mais il est complètement quitte en la rendant dans l'état où elle est à la fin de l'usufruit. S'il ne reste que des débris, il ne rend que des débris. Ainsi, lorsque l'usufruit a été constitué sur une créance et que cette créance a perdu de sa valeur parce que le débiteur est tombé en faillite, l'usufruitier est quitte en rendant les titres de cette créance (voy. le n° 1535). De même, lorsque toutes les têtes qui composaient un troupeau sujet à l'usufruit ont péri, l'usufruitier n'est tenu envers le propriétaire que de rendre compte des cuirs ou de leur valeur.

La même décision s'appliquerait évidemment au cas d'un usufruit constitué sur un ou plusieurs animaux individuellement déterminés. Si ces animaux ont survécu à l'usufruit, l'usufruitier les rend dans l'état où ils sont. S'il ont péri, il doit compte des cuirs, à moins pourtant qu'il n'ait été empêché de les recueillir, soit par suite de quelque accident, soit par l'ordre de l'autorité, ce qui arrive dans les cas d'épizootie (art. 616, arg. d'anal.).

Quid, si la chose a péri ou si elle a été détériorée par la faute de l'usufruitier?

Que si la chose a péri ou si elle a été détériorée par sa faute, il est alors obligé d'indemniser le propriétaire du dommage qu'il lui a causé (Voir les n°s 1564, 1565, 1571-1°, 1587-1°, 1588).

— Quant aux obligations du quasi-usufruitier, nous les avons expliquées sous les n°s 1527 et suiv.

Section III. — Comment l'usufruit prend fin.

34e *Répétition.*

Art. 617.

1615. — L'usufruit s'éteint :

Quels sont les différents modes d'extinction de l'usufruit?

1° Par la mort de l'usufruitier;
2° Par l'expiration du temps pour lequel il a été constitué;
3° Par la consolidation;
4° Par le non-usage pendant trente ans;
5° Par la prescription accomplie au profit d'un tiers possesseur;
6° Par la perte totale de la chose;
7° Par la renonciation de l'usufruitier;
8° Par la résolution du droit du constituant;
9° Enfin par l'abus de jouissance.

Pourquoi s'éteint-il par la mort naturelle de l'usufruitier?

1616. — I. Mort de l'usufruitier. — Cette cause d'extinction de l'usufruit n'a point son fondement *dans l'intention présumée des parties;* elle a son principe dans la nature même du droit d'usufruit. La loi a voulu qu'il fût essentiellement *temporaire* et *non transmissible aux héritiers,* afin qu'il ne fît point de la nue-propriété un droit vain et inutile dans les mains du nu-propriétaire (voy. les nos 1493 et 1494). Elle aurait pu, il est vrai, atteindre le même but, sans rendre l'usufruit *intransmissible :* il eût suffi, pour cela, de fixer à sa durée un *maximum* d'années qu'on n'aurait pas pu dépasser, quatre-vingt-dix-neuf ans, par exemple. Mais ce n'est pas ce qu'elle a fait. L'usufruit ne peut jamais survivre à l'usufruitier. C'est un droit *personnel* et *non transmissible* aux héritiers.

Quid, dans le cas où l'usufruit a été constitué *à titre onéreux,* si l'usufruitier meurt par accident, le lendemain du jour de la constitution de l'usufruit?

1617. — Si courte qu'ait été la vie de l'usufruitier, et encore qu'il soit mort par suite de quelque accident imprévu, dès qu'il a cessé de vivre, son droit a cessé d'exister. Je vous ai vendu, moyennant la somme de 100,000 francs, l'usufruit d'un domaine qui donne, année commune, un revenu net de 15,000 francs; le lendemain de la signature du contrat, vous mourez frappé de la foudre : un pareil événement n'était pas assurément entré dans nos prévisions; cependant, et quoique ce résultat soit peu conforme à notre intention, l'usufruit que je vous ai cédé est éteint. C'est 100,000 francs que je gagne sans bourse délier! mais j'aurais pu perdre, si, au lieu de mourir vite, vous eussiez atteint un âge très avancé, et cela suffit pour légitimer le bénéfice énorme que j'ai retiré du contrat. La constitution d'usufruit à titre onéreux est donc essentiellement *aléatoire*.

Pourquoi l'usufruit s'éteignait-il par la mort civile de l'usufruitier?

Ce que j'ai dit de la mort subite de l'usufruitier, arrivée le lendemain même de la constitution d'usufruit, et par suite d'un accident extraordinaire, explique pourquoi l'usufruit s'éteint par la *mort civile* (1) comme par la mort naturelle de l'usufruitier. Le

(1) D'après le Code. — La mort civile ayant été supprimée, cette cause d'extinction de l'usufruit a disparu.

cas de la mort civile n'a pas dû, je le reconnais, entrer dans les prévisions des parties au moment où elles ont constitué l'usufruit ; mais qu'importe ? La loi ne s'est point, en cette matière, inspirée de leur volonté. Elle ne recherche point ce qu'elles ont voulu. Convaincue qu'il est d'ordre public que l'usufruit soit intransmissible, elle lui imprime ce caractère d'une manière absolue. Les parties ont dû se conformer au principe qu'elle *a établi.*

Quid, s'il a été expressément convenu que l'usufruit constitué pour un certain temps continuera, *même* après la mort de l'usufruitier, pendant le temps fixé ?

1618. — De là je conclus que la clause portant « que l'usufruit constitué pour un certain temps, pour quarante ans, par exemple, continuera *même après la mort* de l'usufruitier, et jusqu'à l'expiration du terme fixé, » est radicalement nulle, par application de l'article 6 (1).

Les parties doivent prendre l'usufruit tel qu'il a été réglé par la loi : car, en matière de droits réels, il n'y a de licite que ce qui est explicitement permis. Tout ce qui touche à l'organisation de la propriété est d'ordre public. Les particuliers ne peuvent donc point créer des droits réels que la loi ne reconnaît pas, ni modifier ceux qu'elle a organisés. Or, à tort ou à raison, elle a fait de l'usufruit un droit *intransmissible* aux héritiers ; les parties n'en peuvent point faire un droit *transmissible* (2).

Peut-on constituer un usufruit sur plusieurs têtes ? A quelle condition le peut-on ?

1619. — Il n'est point défendu de constituer un droit d'usufruit sur plusieurs têtes, pourvu que ceux au profit desquels il est établi soient tous vivants ou au moins conçus. Ainsi, je puis léguer l'usufruit de mes biens à Paul et à ceux de ses enfants qui seront vivants, ou au moins conçus, au moment de mon décès. Dans ce cas, les enfants de l'usufruitier Paul restent usufruitiers après sa mort ; mais leur droit d'usufruit ne vient point de leur père, ils le tiennent directement du constituant : c'est un droit qui a pris naissance dans leur propre personne. Le principe que l'usufruit est intransmissible aux héritiers n'est donc point violé.

De combien de manières peut être établi l'usufruit constitué sur plusieurs têtes ?

La constitution d'usufruit en faveur de plusieurs personnes peut être faite de deux manières différentes. L'usufruit peut, en effet, leur être attribué pour qu'elles en jouissent *conjointement* ou *successivement*. Dans le premier cas, chacun des co-usufruitiers ayant un droit actuel, ils jouissent en commun du bien sujet à l'usufruit (3).

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque les usufruitiers ont été institués pour jouir *successivement,* les uns à défaut des autres,

(1) Il en était déjà de même en droit romain.

(2) *Conf.*, M. Demol., t. II, n[os] 667 et suiv. ; M. Laurent, t. VI, n° 353, et t. VII, n° 56. — MM. Dur., t. IV, n° 651 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 617 ; Dem., t. II, n° 461 *bis*, I-II, sont d'un avis contraire. Suivant eux, il peut être convenu que l'usufruit passera aux héritiers, pourvu que sa durée ne dépasse pas 99 ans, d'après MM. Dur., Duc., Bonn. et Roust. ; 30 ans, selon M. Dem.

(3) Si l'un d'eux vient à mourir, l'usufruit sera-t-il éteint en partie, ou restera-t-il entier dans la personne des usufruitiers survivants ? Nous résoudrons cette question sous les art. 1044 et 1045.

le premier désigné a pour lui seul, et tant qu'il vit, toute la jouissance de la chose soumise à l'usufruit. A sa mort, l'usufruitier désigné le second entre en jouissance, et ainsi de suite. Mais remarquez qu'à chaque décès, ce n'est pas le même usufruit qui passe à l'usufruitier subséquent; c'est un droit nouveau qui prend naissance dans la personne même de chacun des ayants droit.

1620. — Le principe que l'usufruit peut durer pendant toute la vie de l'usufruitier ne s'applique plus lorsque l'usufruit est constitué sur la tête d'une personne *morale,* par exemple, au profit d'une ville, d'une commune, d'un hospice... L'existence d'une personne morale n'étant point bornée dans sa durée, c'eût été, en fait, perpétuer indéfiniment l'usufruit que le faire durer autant que l'usufruitier.

Art. 619.

Le principe que l'usufruit peut durer pendant toute la vie de l'usufruitier s'applique-t-il lorsque l'usufruitier est une personne morale?

Combien l'usufruit dure-t-il alors?

L'usufruit constitué au profit d'une personne morale durait cent ans en droit romain. Notre Code a limité sa durée à trente ans. Il est bien entendu, au reste, que l'usufruit s'éteindrait même avant l'expiration des trente ans, si la ville ou la corporation au profit de laquelle il existe venait à être supprimée. Cette destruction de l'être moral usufruitier serait assimilée à la mort d'un usufruitier ordinaire.

1621. — II. De l'arrivée du terme apposé par la loi ou par les parties a la durée de l'usufruit. — L'usufruit à terme s'éteint dès que le terme est expiré. S'il a été constitué jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et incertain, il s'éteint dès que cet événement est arrivé. Mais remarquez que le terme apposé à l'usufruit ne ferait point obstacle à son extinction si l'usufruitier venait à mourir avant l'expiration du temps marqué. Constituer un usufruit *à terme,* c'est dire : L'usufruitier pouvant vivre fort longtemps, je ne veux pas que l'usufruit que je lui concède dure autant que lui : le *maximum* de sa durée sera de tant d'années; mais, bien entendu, si l'usufruitier meurt avant ce temps, l'usufruit s'éteindra avec lui (voy. les n°s 1616 à 1618).

Le terme apposé à la durée de l'usufruit fait-il obstacle à son extinction par la mort de l'usufruitier?

1622. — L'usufruit constitué jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que ce tiers soit mort avant l'âge fixé. La loi présume qu'en fixant ce terme, les parties ont eu en vue, non pas la vie de la personne désignée, mais le nombre d'années qui doit s'écouler entre le moment où l'usufruit a été constitué et le moment où cette personne aurait atteint l'âge fixé. Je vous ai donné l'usufruit de mon domaine pour que vous en restiez investi jusqu'à ce que Paul, qui n'a encore que dix ans, ait atteint sa majorité : c'est comme si j'avais dit : « Votre usufruit durera pendant onze ans. »

Art. 620.

Quid, dans le cas où l'usufruit a été constitué pour durer jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint tel âge, si ce tiers meurt avant l'âge fixé?

Cette règle ne s'applique pas à l'usufruit légal que les père et mère ont sur les biens de leur enfant *jusqu'à l'âge de dix-huit ans.* Si l'enfant meurt avant l'âge fixé, l'usufruit légal s'éteint dès à présent : car sa raison d'être, c'est uniquement la puissance paternelle, et, dans l'espèce, la puissance paternelle a cessé d'exister.

Cette règle s'applique-t-elle à l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs non émancipés?

Art. 617.

Qu'est-ce que la *consolidation?* Pourquoi éteint-elle l'usufruit?

1623. — III. De la consolidation. — L'usufruit, étant le droit de jouir d'une chose *dont un autre a la propriété,* s'éteint forcément par la *consolidation,* c'est-à-dire par la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire.

Dans quels cas a-t-elle lieu?

La consolidation a lieu lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété. Son usufruit est alors éteint, car on ne peut pas être usufruitier de sa propre chose; mais, à la place de l'usufruit qu'il perd, il acquiert un droit de jouissance, qui est l'attribut de la propriété même, laquelle réside maintenant en sa personne. Ce résultat s'appelle *consolidation,* parce que son droit s'est plutôt *consolidé* qu'il ne s'est *éteint;* de *formel* et *temporaire* qu'il était, il s'est transformé en usufruit *causal* et *perpétuel* (1).

Peut-elle avoir lieu dans la personne du propriétaire?

1624. — La consolidation peut-elle avoir lieu dans la personne du nu-propriétaire? La négative est soutenue. Lors, dit-on, que l'usufruit fait retour à la nue-propriété, c'est qu'il a été éteint par l'un de ses modes ordinaires d'extinction. Le nu-propriétaire n'acquiert point alors un droit d'usufruit; il est tout simplement dégrevé, affranchi d'une servitude qui pesait sur sa propriété.

Ainsi, lorsque l'usufruitier vend ou donne son droit d'usufruit au nu-propriétaire, l'usufruit est-il éteint par la consolidation?

Mais, objecte-t-on, si l'usufruitier vend ou donne son droit d'usufruit au nu-propriétaire, celui-ci l'acquiert évidemment; et, s'il s'éteint alors, c'est précisément parce qu'il se trouve réuni à la nue-propriété. Il y a donc consolidation en ce cas!

Cela, a-t-on répondu, n'est pas exact. L'acte par lequel l'usufruitier déclare vendre ou donner son droit d'usufruit au nu-propriétaire n'est, sous une qualification impropre, qu'une *renonciation,* à titre onéreux ou à titre gratuit, qu'il fait de son droit. Si donc son droit est alors éteint, ce n'est point parce que le nu-propriétaire en a fait l'*acquisition,* c'est tout simplement par l'effet d'une renonciation ordinaire. Lors, dit Pothier (*Vente,* n° 548), que l'usufruitier vend son droit d'usufruit au nu-propriétaire, il fait, en conséquence de cette vente, une *remise* de son droit, et cette remise en opère l'*extinction.* Le nu-propriétaire qui l'a racheté en a plutôt *libéré* son héritage qu'il ne l'a *acquis :* le principe *res sua nemini servit* ne permet pas que le nu-propriétaire d'un fonds en devienne usufruitier même pendant un instant de raison (2).

La propriété se perd-elle par le non-usage pendant trente ans?

1625. — IV. Du non-usage pendant trente ans. — Le non-usage, si prolongé qu'il soit, ne suffit point pour faire perdre le *droit de propriété.* Ainsi, lorsqu'un propriétaire néglige, pendant trente

(1) Si l'acquisition de la nue-propriété par l'usufruitier n'est point définitive et irrévocable, la consolidation ou l'extinction de l'usufruit est révocable comme elle. Ainsi, lorsque l'usufruitier n'a acquis la nue-propriété que sous une condition résolutoire, la consolidation est elle-même subordonnée à cette condition. Cette condition vient-elle à se réaliser : les choses étant remises en même état qu'auparavant (art. 1183), l'acquisition de la nue-propriété, et avec elle la consolidation qu'elle avait produite, sont réputées n'avoir jamais existé.

(2) J'ai combattu cette donnée dans mon *Traité de la transcript.*, t. I, n° 343. — Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. II, § 234, p. 514 et 515; Laurent, t. VII, n° 57.

ans, ou pendant plus longtemps encore, de percevoir les fruits de son domaine, qu'il le laisse en friche, cette inaction ne porte aucune atteinte à son droit : pour qu'il le perde, il faut *le fait d'autrui,* c'est-à-dire la possession de son domaine par un tiers. En d'autres termes, il ne perd point son droit par cela seul qu'il *ne l'exerce point;* il n'en est dépouillé qu'autant que ce droit a été *exercé,* c'est-à-dire possédé, par un autre, pendant le temps requis pour la prescription.

Il n'en est pas de même de l'usufruit : l'usufruitier le perd par cela seul qu'il n'en a point usé pendant trente ans, et quoique personne n'ait possédé, à sa place, le fonds dont il a cessé de jouir. Cette longue inaction de sa part est considérée comme un abandon tacite de son droit.

En est-il de même de l'usufruit ?

Cette cause d'extinction resterait inexplicable, si on ne se rappelait combien la loi est favorable au retour de l'usufruit à la nue-propriété (voy. les nos 1492 et 1493, 1616 à 1618).

Pourquoi se perd-il ainsi?

1626.. — V. De la prescription par dix ou vingt ans. — Lorsque l'usufruitier néglige d'exercer son droit, mais que personne ne possède le fonds sujet à l'usufruit, il faut, pour qu'il perde son droit, que le *non-usage* dure trente ans. Il n'en est plus de même dans le cas où la chose sur laquelle son droit porte est possédée par un tiers qui a juste titre et bonne foi. Ce tiers possesseur a, en effet, acquis, après dix ou vingt ans de possession, non pas seulement la *nue,* mais la *pleine* propriété (voy., à ce sujet, l'expl. des art. 2265 à 2269).

L'usufruit ne peut-il pas être éteint même avant l'expiration des trente ans de non-usage ?

Que faut-il pour cela?

Comment s'appelle ce mode d'extinction?

1627. — VI. De la perte totale de la chose. — Lorsque la chose sujette à l'usufruit vient à périr, l'usufruit s'éteint faute d'objet. Périt-elle *en totalité :* l'usufruit est complètement éteint. Ne périt-elle qu'en partie : l'usufruit, éteint quant aux portions de la chose qui ne sont plus, subsiste sur les portions qui continuent d'exister. Ainsi, lorsque l'usufruit est établi sur plusieurs animaux individuellement déterminés, si quelques-uns de ces animaux viennent à périr, l'usufruit, éteint quant à eux, subsiste sur ceux qui sont encore existants. Si on le suppose établi sur un troupeau, la règle est la même. Le troupeau a-t-il péri *en totalité,* l'usufruit est complètement éteint; n'a-t-il péri qu'en partie, l'usufruit subsiste sur la partie encore existante. Il en est de même de l'usufruit établi sur des bâtiments. Si ces bâtiments sont l'objet *direct* et *principal* de l'usufruit, l'usufruit s'éteint faute d'objet, lorsqu'ils périssent en totalité; il ne subsiste ni sur le sol qui les portait, ni sur les matériaux dont ils étaient composés; son extinction est *totale,* puisque son objet est complètement détruit. Que si, au contraire, les bâtiments ne sont que l'accessoire d'un fonds sujet à l'usufruit, leur destruction n'entraîne pas son extinction; il subsiste alors sur le sol mis à nu et sur les matériaux : car ce sol et ces matériaux continuent d'être, dans leur forme nouvelle, une partie du fonds qui était et qui est encore son objet principal et direct.

Art. 623 et 624.

Quel est l'effet de la perte totale ou partielle de la chose sujette à l'usufruit?

Quid, lorsqu'un bâtiment sujet à un droit d'usufruit vient à périr ?

L'usufruit subsiste-t-il alors sur le sol?

Est-il nécessaire pour que l'usufruit s'éteigne, que la chose sur laquelle il est établi périsse si complètement qu'il n'en existe aucune trace?

En d'autres termes, l'usufruit s'éteint-il lorsque la *substance* de la chose qui y est soumise vient à périr?

Ainsi, par exemple, lorsqu'un étang qui faisait l'objet direct et principal de l'usufruit est desséché et transformé en une pièce de terre, cette modification dans la forme de la chose suffit-elle pour entraîner l'extinction de l'usufruit?

1628. — Selon le droit romain, l'usufruit était éteint, non seulement lorsque la chose qui en faisait l'objet était si complètement détruite qu'il n'en existait aucune trace, mais encore lorsque les changements de forme qu'elle avait subis étaient tels qu'il était impossible de la faire servir à l'usage auquel elle était destinée lors de la constitution de l'usufruit. Ainsi, lorsqu'un étang faisait l'objet direct et principal de l'usufruit, et que cet étang se trouvait desséché et transformé en une pièce de terre ordinaire, cette modification dans la forme de la chose suffisait pour entraîner l'extinction de l'usufruit. Il en était de même de l'usufruit établi sur une pièce de terre lorsqu'elle se trouvait définitivement transformée en étang. En un mot, l'usufruit s'éteignait par la perte de la *substance* de la chose qui en était l'objet (1).

Pothier (*Du douaire*, n° 255) a critiqué ce système, et l'a trouvé injuste. Aussi soutenait-il que l'usufruitier conservait son droit sur le sol et sur les matériaux, lorsque la maison sujette à usufruit périssait par quelque cas fortuit.

Domat (*Lois civ.*, tit. 9, n°s 8 et 9) décidait, au contraire, que la perte de la *substance* de la chose sujette à l'usufruit suffit pour l'éteindre, et qu'ainsi l'usufruitier d'une maison qui vient à être détruite a perdu son droit et sur le sol et sur les matériaux.

Les rédacteurs du Code ne se sont pas expliqués sur la question générale ; mais, en admettant la décision de Domat en ce qui touche les *bâtiments*, ils ont par là même révélé l'esprit dans lequel la loi a été conçue. Si l'usufruit établi sur une maison est complètement détruit lorsqu'elle est elle-même détruite, s'il ne subsiste ni sur le sol ni sur les matériaux, c'est évidemment parce que la *substance* de la chose sur laquelle il existe a complètement disparu : car matériellement, physiquement, la chose elle-même continue d'exister dans toutes ses parties. Dès lors, pourquoi ne pas décider de même lorsque l'étang sujet à l'usufruit est mis à sec, ou, réciproquement, lorsque la terre sur laquelle l'usufruit est établi devient un marais? N'est-il pas vrai que la chose qui faisait l'objet de l'usufruit a, juridiquement parlant, cessé d'exister, bien qu'elle existe encore matériellement ?

Si la loi n'a parlé que des *maisons*, c'est que ce cas, étant le plus fréquent, a seul attiré son attention; la décision qu'elle a donnée à leur égard n'est que l'application d'un principe dont elle suppose l'existence.

Dira-t-on que l'article 617 exige que la *chose périsse totalement* pour que l'usufruit établi sur elle soit éteint, et que ces expressions, perte *totale* de la chose, supposent une destruction effective, matérielle, complète et absolue de la chose? Mais, à ce compte, l'usufruit ne sera jamais éteint : car les choses ne sont

(1) Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 533 et 534, et p. 552 de la 3e édition.

point susceptibles d'une destruction absolue; elles se transforment, mais elles ne périssent pas!

Il faut donc, je crois, décider que l'usufruit est éteint complètement, lorsque la substance de la chose qui fait son objet a été détruite *en totalité,* c'est-à-dire lorsque la chose, par suite des changements de forme qu'elle a subis, est complètement et définitivement impropre à l'usage auquel elle était destinée (1). Ainsi, j'irais jusqu'à dire que l'usufruit établi sur un troupeau est absolument éteint lorsqu'il n'existe qu'une seule tête du troupeau. Dans ce cas, en effet, la substance de la chose qui faisait l'objet de l'usufruit est détruite *en totalité,* de même qu'une maison est entièrement détruite, lorsqu'elle n'est plus habitable, bien que plusieurs pans de murailles soient restés debout. Il n'y a pas plus de troupeau dans le premier cas qu'il n'y a de maison dans le second (2).

1629. — En résumé, l'usufruit est éteint, non seulement lorsque la chose sur laquelle il porte est si complètement et si absolument détruite qu'il n'en existe plus aucune trace saisissable ou visible, mais encore lorsque les transformations qu'elle a subies en ont fait une chose nouvelle qui n'est point susceptible du même mode de jouissance.

L'usufruit une fois éteint ne revit point lorsque la chose revient à son premier état. S'il en est différemment des servitudes *réelles* (art. 704), cela tient à ce que ces servitudes ont un caractère d'utilité générale que n'a pas l'usufruit. La loi favorise l'établissement et le maintien des servitudes réelles, parce qu'elles sont elles-mêmes favorables à l'industrie et à l'agriculture; l'usufruit, au contraire, étant plutôt nuisible qu'utile à l'intérêt général, la loi n'a que des rigueurs pour lui (voy. les nos 1492 et 1493, 1616 à 1618, 1626).

MM. Delvincourt et Duranton n'admettent ce système qu'avec une distinction. Lorsque la chose n'a point réellement péri, lorsqu'elle n'a fait que changer de nature; lors, par exemple, qu'une terre s'est transformée en étang, l'usufruit revivra, si, avant qu'il soit éteint par le non-usage pendant trente ans, l'étang redevient une terre ordinaire. Lors, au contraire, que la chose a été réellement détruite, l'usufruit, définitivement éteint, ne revivra pas, au cas même où la chose périe serait ensuite remplacée par une chose entièrement semblable, comme lorsqu'une maison écroulée a été rebâtie. « La raison de cette différence, dit Del-

(1) MM. Dur., t. IV, n° 678; Dem., *Progr.*, p. 345 et 348; Duc., Bonn. et Roust., sur les art. 623 et 624; Demol., t. II, nos 700 et s.; Dem., *Cours analyt.*, t. II, n° 472 *bis*, II-III; Aubry et Rau, t. II, § 234, note 16; Laurent, t. VII, n° 65.

(2) *Contra*, M. Demol., *loc. cit.*; Dem., *loc. cit.;* M. Laurent, t. VII, n° 69. Ces auteurs se fondent sur l'art. 616; M. Laurent reconnaît, du reste, que sur ce cas particulier le législateur n'avait pas de bonne raison pour abandonner la doctrine romaine qu'il suit en règle générale.

vincourt, c'est que, dans ce cas, c'est une *nouvelle* maison, et non plus celle sur laquelle l'usufruit est établi; au lieu que, si la terre labourable, devenue étang, redevient terre labourable, c'est toujours le *même objet*, sur lequel, par conséquent, l'usufruitier conserve son droit tant qu'il n'est pas éteint par le non-usage pendant trente ans (1) ».

Art. 621.

Qu'arrive-t-il lorsque le nu-propriétaire vend, ou plus généralement aliène, la chose sujette à l'usufruit?
Quid, si l'usufruitier a signé l'acte d'aliénation?
Ne peut-il pas pourtant renoncer à son droit?

1630. — VII. De la renonciation a l'usufruit. — La vente ou plus généralement l'aliénation que le nu-propriétaire fait de la chose sujette à l'usufruit n'apporte aucun changement aux droits de l'usufruitier. Cela est évident. Le nu-propriétaire n'a pu, en aliénant la chose, aliéner que le droit qu'il avait sur elle, c'est-à-dire la nue-propriété : *Nemo dat quod non habet.* Si la loi a cru devoir s'expliquer sur ce point, c'est uniquement pour avoir occasion de résoudre une question incidente qui s'y rattache. Il n'est pas rare qu'un usufruitier intervienne dans la vente ou dans toute autre aliénation que le nu-propriétaire fait de la chose sujette à l'usufruit; souvent même il appose sa signature sur l'acte de vente ou d'aliénation. Peut-être a-t-il entendu, par cette intervention, renoncer à son droit, dans l'intérêt du tiers acquéreur; peut-être n'a-t-il donné sa signature que *honoris causa.* Il fallait prévenir ce doute. C'est ce qu'a fait la loi. Elle déclare que l'intervention de l'usufruitier à l'acte d'aliénation ne fera point présumer la renonciation, qui ne peut être faite que par une déclaration *formelle.* C'est l'application du principe : *Nemo donare præsumitur* (2).

Comment doit être faite la renonciation?
La renonciation faite à titre gratuit est-elle soumise aux formalités des donations?

1631. — La renonciation peut être faite, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. A quelque titre qu'elle soit faite, c'est-à-dire alors même qu'elle est *gratuite,* elle n'est soumise à aucune formalité particulière; il suffit qu'elle soit formelle (voy. la *Form.* 202) (3).

Art. 622.

Les créanciers de l'usufruitier qui a renoncé à son droit peuvent-ils attaquer la renonciation?
Que faut-il qu'ils prouvent pour la faire tomber?

La renonciation, une fois faite, est irrévocable à l'égard de l'usufruitier; mais, si elle a été faite *au préjudice* de ses créanciers, ceux-ci sont autorisés à en demander la nullité. Nous aurons, plus tard, à examiner la question de savoir si les créanciers doivent, pour réussir dans leur demande, prouver non seulement que la renonciation a été faite *à leur préjudice,* mais encore qu'elle a été faite *en fraude* de leurs droits, ou s'il suffit qu'ils prouvent le *préjudice* (voy. l'expl. de l'art. 1167).

Qu'arrive-t-il lorsque le droit de propriété est révoqué ou

1632. — VIII. De la résolution du droit du constituant. — On ne peut transmettre que les droits qu'on a et tels qu'on les a. Ainsi,

(1) Cette distinction a été admise par MM. Demol. (t. II, n° 714), Dem. (t. II, n° 472 *bis*, IV), Laurent (t. VII, n°s 70 et 71).

(2) *Quid* dans le cas où l'usufruitier consent à l'acte par lequel le nu-propriétaire vend la *pleine propriété?* — Voy., dans la *Revue pratique*, t. II, p. 290, ce que j'ai dit sur ce point.

(3) Toutefois elle n'est opposable aux tiers qu'à partir du moment où l'acte qui la contient a été transcrit (voy. mon *Traité de la Transcription*, n° 120). — La renonciation est-elle *translative*, ou simplement *extinctive* du droit qu'elle a pour objet? (Même *Traité*, n°s 124, 334 et s.)

le propriétaire dont la propriété est *révocable* ou *résoluble* ne peut transférer que des droits *révocables* ou *résolubles* comme le sien. La condition qui, en se réalisant, révoque ou résout son droit, amène donc par là même la révocation ou la résolution de l'usufruit qu'il en avait détaché au profit d'un tiers : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (voy. les art. 1183 et 2125).

résolu rétroactivement dans la personne de celui qui a constitué l'usufruit ?

1633. — IX. De l'abus de jouissance. — Il y a *abus* lorsque l'usufruitier ne jouit pas, ainsi qu'il le doit, en bon père de famille, c'est-à-dire lorsqu'il commet des dégradations, ou que, par sa négligence, il laisse périr les biens.

Art. 618.

Quand y a-t-il abus de jouissance ?
Quid, lorsqu'il existe ?

L'abus n'entraîne point, de plein droit, l'extinction de l'usufruit; mais la loi permet au tribunal de la prononcer, sur la demande du nu-propriétaire (voy. la *Form.* 203).

Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire très étendu. Ainsi, ils peuvent, selon la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou ne la prononcer qu'à la charge par le nu-propriétaire de faire à l'usufruitier une rente annuelle, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. Dans le premier cas, l'usufruit est éteint purement et simplement; dans le second, il est transformé en une créance de somme d'argent payable annuellement. — Les juges peuvent recourir à un troisième moyen. Ils peuvent, en effet, adopter les mesures conservatrices organisées par les articles 602 et 603, pour le cas où l'usufruitier ne trouve pas de caution à donner. Notre article 618, il est vrai, ne leur accorde pas ce droit; mais, puisqu'il leur permet de prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, il les autorise par là même à prendre toutes les mesures qui sont de nature à sauvegarder le droit du nu-propriétaire (1).

Les juges ne peuvent-ils pas recourir à un autre moyen que la loi n'indique pas?

1634. — Lorsque l'extinction de l'usufruit a été prononcée, l'usufruit est éteint, non seulement à l'égard de l'usufruitier, mais encore à l'égard de ses créanciers. Du reste, il leur est permis d'intervenir au procès, et de demander que leur débiteur ne soit point déchu de son droit. Ils peuvent, à cet effet, offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir, par exemple, une caution additionnelle. Leur offre, au surplus, n'oblige point le tribunal, qui reste toujours maître de prendre le parti qu'il juge le plus convenable : la loi lui laisse toute latitude à cet égard.

Les créanciers de l'usufruitier contre lequel le propriétaire demande l'extinction de son droit pour abus de jouissance n'ont-ils pas le droit d'intervention au procès ? Dans quel but ?

Remarquons que cette faculté d'offrir la réparation des dégradations commises et de donner des garanties pour l'avenir n'est expressément accordée qu'aux créanciers de l'usufruitier. Il n'en faut pas conclure cependant que l'usufruitier ne jouit point de la même faculté. Si la loi n'a rien dit quant à lui, c'est qu'à son égard le droit d'intervenir et de défendre son droit, en offrant

L'usufruitier a-t-il le même droit ?

(1) Dem., t. II, n° 465; MM. Val., à son cours; Demol., t. II, n° 722; Laurent, t. VII, n° 84.

des garanties pour l'avenir, est tellement évident, qu'il était inutile d'en faire l'objet d'une disposition particulière (1).

CHAPITRE II. — De l'usage et de l'habitation.

§ I. *De l'usage.*

Combien distingue-t-on d'espèces de *droits d'usage?*

1635. — I. De la nature et de l'étendue du droit d'usage. — 1° *Combien on en distingue d'espèces.* — L'usage constitue, tantô[t] une servitude *personnelle,* tantôt une servitude *réelle.*

C'est une servitude *personnelle,* lorsque, de même que l'usufruit[,] il a été établi sur la chose d'autrui pour l'avantage et le besoi[n] d'une ou de plusieurs personnes nommément désignées, sans e[n]

(1) M. Val.

— Je terminerai la matière de l'extinction de l'usufruit par une observation. L'usufruitier d'un immeuble peut hypothéquer son droit d'usufruit. Mai[s] l'hypothèque qu'il consent ne peut pas être plus solide et plus durable que so[n] droit : elle tombe donc dès que l'usufruit cesse d'exister. Tel est le droi[t] commun.

Par exception, cette extinction des hypothèques n'a plus lieu lorsque l'usufruit s'éteint par le *fait volontaire* de l'usufruitier. Qu'il dispose de son droit, il le peut; mais évidemment il ne peut point, par son fait, anéantir les hypothèques dont il l'a grevé. Ce serait disposer du droit d'autrui! Ainsi, lorsque l'usufruit est éteint, soit par l'effet d'une *consolidation* (acquisition de l[a] nue-propriété par l'usufruitier), soit par l'effet d'une *renonciation,* l'usufruit, éteint quant à l'usufruitier, est réputé encore existant à l'égard de ceux d[e] ses créanciers auxquels il l'avait hypothéqué avant qu'il fût éteint.

En est-il de même dans le cas où l'usufruit s'est éteint par l'*abus de jouissance?* La solution de cette question se rattache à celle-ci : Quel est le fondement de l'extinction de l'usufruit par abus de jouissance?

Généralement on le trouve dans une *condition résolutoire tacite.* L'usufruitier n'acquiert l'usufruit qu'à la charge de jouir de la chose en bon père d[e] famille et d'en conserver la substance; or, lorsqu'on acquiert un droit sou[s] certaines charges, ce droit est tacitement subordonné à cette condition résolutoire, qu'il pourra être révoqué ou résolu si ces charges restent inexécutées. Dans ce système, l'usufruit qui cesse par l'abus de jouissance est bien plu[s] qu'*éteint;* il est réputé *n'avoir jamais existé,* ce qui entraîne, par voie de conséquence, l'extinction des hypothèques dont l'avait grevé l'usufruitier. Le[s] choses sont remises dans l'état où elles étaient avant la constitution d'usufrui[t] (voy. l'explic. des art. 954 et 1184). (MM. Val., à son cours; Duc., Bonn. e[t] Roust., sur l'art. 618; Demol., t. II, n° 750; Dem., t. II, n° 465 *bis*).

Dans un autre système, on soutient (voy. Proudhon, t. V, n° 2476; M. Laurent, t. VII, n° 86) que l'extinction de l'usufruit par abus de jouissance n'es[t] rien autre chose qu'une *peine* infligée à l'usufruitier qui n'a pas exécuté se[s] obligations; et, comme toute *peine* est essentiellement personnelle au coupable, on en conclut que l'usufruitier doit seul l'encourir, et qu'ainsi l'extinction de son droit ne doit pas entraîner l'extinction des hypothèques dont il l'a grevé (voy. l'explic. de l'art. 958).

Si l'extinction de l'usufruit par abus de jouissance avait son fondement en une condition résolutoire tacite, il faudrait dire, dans le cas où l'usufruit a été acquis *à titre onéreux,* que le contrat par lequel il a été constitué est résolu, ce qui entraînerait pour le nu-propriétaire l'obligation de rendre l'équivalent qu'il a reçu en échange de l'usufruit qu'il a constitué; or, le vendeur de l'usufruit n'est point tenu, lorsqu'il en fait prononcer la déchéance contre l'usufruitier, de rendre le prix qu'il en a reçu : l'extinction peut, en effet, être prononcée purement et simplement, *d'une manière absolue* et *sans aucune compensation pour l'usufruitier.* Les choses ne sont donc point remises au

ttacher l'exercice à aucune habitation particulière et à aucun nds de terre. Ainsi, lorsque je lègue à *Paul* un droit d'usage sur es biens, je constitue une servitude *personnelle*.

C'est une servitude *réelle*, lorsque la personne désignée dans le re qui le constitue n'en profite qu'indirectement et à raison d'un tre fonds pour l'avantage et l'utilité duquel il a été établi. Ainsi, rsque je lègue à Paul le droit de prendre, dans l'un de mes fonds, la craie, de la marne ou du sable pour le besoin d'un autre nds qui lui appartient, ou le droit de passer sur mes terres pour ciliter l'exploitation d'une autre terre qui est à lui, ou enfin le oit de faire paître dans mes bois le troupeau qu'il tient sur n domaine, le droit qu'il acquiert est une servitude *réelle*.

Le premier s'éteint par la mort de la personne au profit de laelle il a été constitué (art. 625); le second dure autant que le nds pour l'avantage duquel il a été établi. — L'usage, servitude *rsonnelle*, ne peut être ni cédé ni loué (art. 631); l'usage, servide *réelle*, peut être, au contraire, cédé ou loué en même temps e le fonds au profit duquel il a été établi.

Quel intérêt y a-t-il à faire cette distinction?

Le Code ne s'occupe ici que de l'usage établi au profit d'une rsonne nommément désignée. L'usage, considéré comme servide réelle, se rattache au Titre suivant. Quant à l'usage des bois forêts, il est réglé par des lois particulières (voy. le C. for.).

1636. — 2° *Ce qui est compris dans le droit d'usage.* — Les Roains, décomposant le droit de propriété en trois attributs prinaux, distinguaient : 1° le *jus utendi* ou le droit de *se servir de la ose*, c'est-à-dire de l'employer à l'usage auquel elle est destinée; le *jus fruendi*, ou le droit de percevoir ce qu'elle produit, c'estdire d'en recueillir les *fruits;* 3° le *jus abutendi*, ou le droit d'en sposer en en faisant un usage définitif (voy. les nos 1439, 1440 1490).

Quelle était la nature du droit d'usage en droit romain? En d'autres termes, que comprenait-il?

Ces divers attributs de la propriété pouvaient être séparés et rértis entre plusieurs personnes.

Lorsque le *jus utendi* était séparé du *jus fruendi* et du *jus abudi*, l'*usager* n'avait que le droit de *se servir* de la chose; il ne était point permis d'en percevoir les fruits : UTI *potest*, FRUI *n potest*. Il avait tout l'usage, *plenum usum* : ainsi, *tous les seres* de la chose lui appartenaient, et n'appartenaient qu'à lui; is il n'avait droit à *aucune portion* des *fruits* naturels ou civils. r exemple, l'usager d'un esclave pouvait le faire travailler pour n propre compte; mais il ne lui était point permis de le louer et gagner le salaire de son travail, car ce salaire est un fruit civil, *usuarius omnem usum habet sine ullo fructu*. L'usager d'un trou-

me état qu'avant le contrat : dès lors, comment voir là les caractères d'une *olution* du contrat?

Mais, bien entendu, le vendeur pourrait, renonçant au bénéfice de l'art. 618, nander une résolution proprement dite, sous la condition d'offrir la restiion du prix de vente. Dans ce cas, l'hypothèque consentie par l'usufruitier teindrait en même temps que son droit.

peau pouvait l'employer *ad stercorandum agrum*. Quant au cro quant au lait, quant à la laine, il n'y avait aucun droit : car croît, le lait et la laine sont des fruits. L'usage d'un fonds de te ne donnait à l'usager que le droit d'aller et de venir sur le fon et sous la condition de n'être ni trop incommode pour le propri taire, ni un obstacle à l'exploitation de l'héritage.

Tel fut d'abord ce droit rigoureux; mais on comprit bientôt q le droit d'usage entendu si strictement n'était, à vrai dire, qu' droit à peu près illusoire. On se relâcha donc de la rigueur d principes : on permit à l'usager de prendre les fruits dont il av besoin jour par jour. Cette attribution d'une portion des fru n'était point une conséquence du droit d'usage, qui, au contrai y résistait; ce fut une concession, fondée sur l'intention proba du disposant. Ainsi, lorsqu'un propriétaire léguait à quelqu' l'*usage* d'un fonds de terre, on supposait qu'il avait entendu légu quelque chose de plus que le droit d'usage proprement dit, et, se fondant sur cette présomption, on permettait à l'usager prendre des fruits pour ses besoins journaliers.

En résumé, l'usager avait *plenum usum*, tous les *services* la chose. Quant aux *fruits*, ce n'était pas le droit d'usage con déré en lui-même qui les lui attribuait; c'était l'extension de s droit, d'après l'intention présumée du propriétaire. Cette exte sion était limitée à ses besoins de chaque jour, *ad usum quo dianum* (1).

A-t-il conservé, en droit français, le caractère qu'il avait en droit romain? Que comprend-il aujourd'hui ?

1637. — En passant dans notre droit, l'usage a tout à fait chan de nature. Ainsi, 1° l'usager n'a plus *plenum usum* de la chos il a le droit de s'en *servir*, mais dans la limite de ses besoin 2° son droit n'est plus borné, limité aux *services* de la chose; s'étend, dans une certaine mesure, même aux *fruits*. Ce n'e plus *nudus usus sine ullo fructu;* c'est, tout à la fois, le droit de *servir* de la chose et d'en *jouir*. L'attribution des fruits n'est pl une faveur, une concession accordée en dehors des princip c'est une suite, un attribut direct du droit d'usage lui-même. E d'autres termes, le *jus utendi* est devenu un véritable droit *jouissance,* c'est-à-dire un *jus utendi atque fruendi.*

Mais, à la différence de l'*usufruit,* qui embrasse la *totalité* d *services* et des *fruits* de la chose, l'*usage* n'y donne droit q dans une certaine mesure.

Art. 628 à 630.

Comment est réglée son étendue ?

1638. — La portion des services et des fruits à laquelle pe prétendre l'usager est ordinairement réglée par le titre (le te tament ou le contrat) qui constitue l'usage. Ce règlement est ind pendant des besoins de l'usager, et invariable. Ainsi, lorsqu'u droit d'usage établi sur un fonds de terre a été limité à six he tolitres de blé par année, cette quantité est toujours due alo même que les besoins de l'usager viennent à diminuer; et, réc

(1) Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. I, p. 560 et 561 d la 3e édition.

roquement, elle ne reçoit aucune augmentation lorsque les besoins de l'usager deviennent plus grands.

1639. — Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue du droit l'usage, il est réglé de la manière suivante :

« Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds (lisez : qui a l'usage l'un fonds) ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. »

Ce tarif n'a rien de définitif; il varie suivant que les besoins de usager augmentent ou diminuent.

Quel est ici le sens du mot *famille ?*
Les *ascendants* et les *collatéraux* de l'usager font-ils partie de sa famille ?
Quid, pourtant, s'ils habitaient avec lui à l'époque de la constitution du droit d'usage ?
Quid, de ses enfants qui n'habitent pas avec lui ?

Par *famille,* il faut ici entendre l'usager considéré comme *chef,* on conjoint et tous ceux qui lui sont subordonnés, c'est-à-dire es enfants légitimes et ses enfants naturels reconnus. Peu importe qu'ils soient nés avant ou qu'ils soient survenus depuis la oncession du droit d'usage : la loi est formelle sur ce point. Quant à ses *ascendants,* ils ne font point partie de sa famille. Il st dans la leur, mais eux ne sont point dans la sienne. Ses collatéraux, ses gendres et belles-filles, n'y sont point non plus compris, même dans le cas où ils habitent avec lui (1).

Dans un autre système, la *famille* de l'usager, c'est sa maison, 'est-à-dire l'ensemble des parents qui, au moment de la concession de l'usage, habitaient avec lui et qu'il avait à sa charge. C'est insi, en effet, qu'ont dû probablement l'entendre les parties orsqu'elles ont constitué l'usage, et leur convention est la seule oi à consulter. — Quant aux enfants de l'usager, il n'y a pas à istinguer s'ils habitaient ou non avec lui, s'ils étaient ou non éjà nés au moment où l'usage a été constitué : ils font, dans tous es cas, partie de sa famille. Ses autres parents n'y sont, au contraire, compris qu'au cas où ils habitaient avec lui à l'époque de a concession de l'usage (2).

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est qu'il faut, u point de vue qui nous occupe, comprendre dans la *famille* de l'usager les domestiques qui lui sont nécessaires, suivant son état et sa condition.

Comment peut-on définir le droit d'usage ?
L'usager a-t-il le droit, lorsque l'usage est constitué sur un fonds, de s'en faire mettre en possession et d'en jouir par lui-même, ou n'a-t-il que le droit d'exiger du propriétaire la portion de fruits qui lui est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille ?

1640. — Ainsi, l'usage est un usufruit tarifé sur les besoins de l'usager et ceux de sa famille.

— Reste une question à examiner. L'usager a-t-il le droit, lorsque l'usage est constitué sur un fonds de terre, de s'en faire mettre en possession, de le cultiver et d'en jouir par lui-même, ou n'a-t-il que le droit d'exiger des mains du propriétaire la portion des fruits qui lui est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille? Il existe sur ce point plusieurs systèmes.

1641. — Premier système. — La question doit être résolue par une distinction. Si l'usager, à raison de ses besoins et de ceux de sa famille, absorbe la totalité ou la presque totalité des fruits,

(1) Proud., t. VI, nos 2776, 2778 et 2817; Dur., t. V, n° 19; Bug., à son cours; M. Demol., t. II, nos 776, 778 et 779.
(2) M. Val., à son cours.

il peut se faire mettre en jouissance directe du fonds, et le culti par lui-même. Dans le cas contraire, l'administration et la jou sance restent au propriétaire, et l'usager n'a que le droit d'exig en nature la portion de fruits dont il a besoin (1).

1642. — SECOND SYSTÈME. — L'usager peut, dans tous les c jouir par lui-même, dans la limite de ses besoins. L'usage n'e en effet, qu'un usufruit restreint, un véritable droit de jouissan Or, le droit de jouissance emporte le droit de posséder la cho qui y est soumise, et d'en percevoir soi-même les fruits. C' bien ainsi que l'entend la loi : car, si l'usager n'avait pas le dr de jouir de la chose et de s'en faire mettre en possession, elle lui imposerait pas, ainsi qu'elle le fait, l'obligation de donner (da tous les cas, car elle ne distingue pas) *caution de jouir en bon pè de famille* et de faire dresser un *état* des biens sur lesquels s droit est établi (art. 626 et 627). Où seraient donc, en effet, l'u lité et la nécessité de ces garanties données au propriétaire, s était autorisé à conserver la possession des biens soumis à l'usag Son droit ne courant aucun danger, il serait bien inutile de pre dre des mesures pour le sauvegarder. L'article 635 porte, d'ai leurs, que l'*usager* est assujetti, *comme l'usufruitier*, au paieme des impôts. La loi suppose donc qu'il jouit par lui-même : ca s'il ne jouissait pas, ce n'est pas à lui, mais au propriétaire, q le fisc devrait s'adresser pour se faire payer.

Ainsi, l'usager a le droit de se faire mettre en possession, so de la chose entière, s'il doit absorber tous les fruits, soit, dans cas contraire, d'une portion suffisante pour donner les frui qu'exigent ses besoins et ceux de sa famille (2).

1643. — TROISIÈME SYSTÈME. — L'usager, alors même qu'il do absorber la totalité ou la presque totalité des fruits, n'a pas le dro de jouir par lui-même. L'article 630 ne lui donne, en effet, que droit d'*exiger* la portion des fruits à laquelle il a droit, ce qui su pose qu'un autre que lui est en possession du fonds sur lequ l'usage est établi. Il est vrai qu'aux termes des articles 626 et 62 l'usager doit jouir en bon père de famille, et, pour garantie de so obligation, faire inventaire du mobilier, faire état des immeuble et donner caution, ce qui suppose également qu'il jouit par lui même; mais cette disposition ne contrarie en rien notre solutio L'usager, en effet, jouit, dans certains cas, par lui-même, et c'es à cette hypothèse que se réfèrent les articles 626 et 627 : il jou par lui-même, lorsque son droit est établi sur des meubles, o sur une maison (art. 632) (3).

(1) Dur., t. V, n° 27; Bug., à son cours; Marc., sur l'art. 630; MM. Duverg. *sur Toull.*, t. III, n° 469; Demol., t. II, n° 771; Dem., t. II, n° 476 *bis*, I; Aubr et Rau, t. II, § 237, notes 13 et 14.

(2) Proudhon, t. VI, n°s 2760 et suiv.; M. Laurent, t. VII, n°s 111 et 112.

(3) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur les art. 626 et 627. — Ce système es trop arbitraire pour être admis. Les art. 626 et 627 ne distinguent pas : la lo veut que, dans tous les cas, l'usager donne caution de jouir en bon père d

1644. — Le droit d'usage n'est point *cessible*. Concluons-en, 1° que les créanciers de l'usager ne peuvent point l'exercer à sa place, lorsqu'il néglige de le faire valoir et qu'il le compromet par son inaction (voy. l'art. 1166); 2° qu'ils ne peuvent point attaquer la renonciation qu'il y a faite, alors même qu'il est démontré qu'il y a renoncé en fraude de leurs droits (voy. l'art. 1167); 3° qu'ils ne peuvent point le saisir et le faire vendre; 4° qu'il n'est point susceptible d'hypothèque, même dans le cas où il est établi sur un immeuble (voy. l'art. 2118). Art. 631.

Le droit d'usage est-il *cessible ?*

Ainsi, l'usager ne peut *céder* son droit ni directement ni indirectement. Il lui est même défendu de le *louer;* et il en est ainsi, même dans le cas où l'usager a droit, d'après l'étendue de ses besoins, à la totalité des fruits : la loi ne distingue pas. Mais pourquoi cette double prohibition?

L'usager peut-il *louer* son droit?
Pourquoi ne peut-il ni le céder ni le louer?

On la justifiait, en droit romain, par la nature même du droit d'usage. L'usager, disait-on, n'a que le droit d'*user* de la chose, de s'en *servir :* il ne lui est point permis, du moins dans la rigueur des principes (voy. le n° 1636), de percevoir ni des fruits *naturels* ni même des fruits *civils ;* or, *louer* le droit d'usage, c'est lui faire produire des fruits *civils,* et par conséquent le dénaturer. De là la défense d'en *louer* l'exercice . Cette prohibition entraîna, par voie de conséquence, la défense de le *céder :* la *cession* aurait pu, en effet, servir à déguiser une *location.*

Cette explication ne peut plus être donnée aujourd'hui : car le droit d'usage, de même que le droit d'usufruit, comprend, du moins dans une certaine mesure, non seulement l'usage, mais encore les fruits naturels ou civils de la chose sur laquelle il porte (voy. le n° 1637).

D'où vient donc qu'à la différence de l'usufruit, l'usage ne peut être ni cédé ni loué? Communément, on justifie cette différence par la raison suivante :

L'usufruitier a droit à tout l'émolument dont la chose est susceptible. Dès lors, que ce soit lui qui le perçoive, ou que ce soit une autre personne, qu'importe au propriétaire? Rien ne fait donc obstacle à ce que l'usufruitier dispose de son droit au profit d'un autre.

L'usager, au contraire, n'a droit aux services et aux fruits de la chose que dans la mesure de ses besoins et de ceux de sa famille; or, s'il lui était permis de céder son droit, de deux choses l'une :

famille : elle suppose donc que l'usager a, dans tous les cas, le droit de jouir par lui-même. Quant au mot *exiger* de l'art. 632, il n'est pas assez explicite pour qu'on puisse fonder sur lui un système. On peut l'entendre en ce sens, que l'usager ne peut *prendre* que la portion des fruits qui lui est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille. Cette interprétation n'a rien de forcé ; la loi elle-même la justifie : car, dans l'art. 635, elle prévoit précisément le cas où l'usager *prend* une portion des fruits. Or, s'il les *prend*, il ne les *reçoit* pas!

Ou le cessionnaire serait autorisé à percevoir les fruits dans la limite de ses propres besoins, et alors le droit qui lui a été cédé se trouverait modifié, peut-être au grand préjudice du propriétaire, car les besoins du cessionnaire sont peut-être plus grands que ceux du cédant;

Ou le cessionnaire n'aurait droit qu'à la portion des fruits déterminée par les besoins du cédant; mais alors comment constater l'étendue des besoins de l'usager originaire? Cela serait souvent fort difficile : car cet usager, n'étant plus intéressé à rester sur les lieux, pourrait s'absenter, ou se fixer au loin, auquel cas la détermination de ses besoins créerait mille embarras (1).

Art. 626.

Quelles sont les garanties que le propriétaire peut exiger de l'usager?

1645. — II. Des garanties que doit donner l'usager. — L'usager, de même que l'usufruitier, ne peut entrer en jouissance des choses sujettes à son droit, qu'à la charge : 1° de donner *caution;*

2° De faire dresser un *inventaire des meubles* et un *état des immeubles* (voy. les nos 1572 et s.).

Art. 627 et 635.

A quelles obligations est-il soumis?

1646. — III. Des obligations de l'usager. — L'usager doit :

1° Jouir en bon père de famille;

2° Contribuer au paiement des intérêts des dettes du défunt lorsque l'usage a été constitué par testament et qu'il est universel ou à titre universel (voy. les nos 1604 et s.);

3° Supporter une portion des frais occasionnés par les procès relatifs à la jouissance (voy. le n° 1603);

4° Payer, en tout ou en partie, suivant qu'il absorbe tous les fruits ou qu'il n'en prend qu'une partie, les frais de culture, les réparations d'entretien, et enfin les contributions.

L'usager a-t-il le droit de prendre la quantité de fruits nécessaire à ses besoins sur le revenu NET, c'est-à-dire sur ce qui reste des fruits après le paiement des frais de culture et des impositions?
Ne peut-il, au contraire, la prendre que sur le produit BRUT,

1647. — Sur ce point, une difficulté s'est élevée. L'usager a-t-il le droit de prendre la quantité de fruits nécessaire à ses besoins sur le revenu NET, c'est-à-dire sur ce qui reste des fruits après qu'on en a déduit ce qui est nécessaire pour les frais de culture et pour le paiement des contributions? Ne peut-il, au contraire, la prendre que sur le produit BRUT, et à la charge par lui de supporter une portion des contributions et des frais de culture?

(1) MM. Dur., t. V, n° 20; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 631.

Ces auteurs ont donné encore une autre raison. Le droit d'usage, ont-ils dit, a principalement pour but de fournir des aliments à l'usager pendant sa vie; or, s'il pouvait céder son droit, il le transformerait en un capital qu'il pourrait dépenser dans un très court intervalle de temps, et sa vie ne serait plus assurée. — Cette raison ne m'a pas semblé bonne. La rente viagère n'a-t-elle pas aussi, dans la plupart des cas, un caractère alimentaire? Cependant rien, en principe, n'empêche le rentier de la céder.

Je crois, quant à moi, que la défense de céder ou de louer le droit d'usage ne peut s'expliquer que par l'influence du droit romain : on a perdu de vue que le droit d'usage n'est plus chez nous ce qu'il était à Rome. — Voy. aussi M. Laurent, t. VII, n° 113. Cet auteur admet, du reste, que l'usager qui ne peut céder ni louer *son droit*, peut, au contraire, *donner à bail les biens grevés de ce même droit* (n° 117).

1648. — Premier système. — L'usager a le droit de prendre sur le produit net la portion de fruits à laquelle il a droit d'après l'étendue de ses besoins : autrement, il n'aurait plus une portion de fruits égale à ses besoins, puisque la portion qu'il recevrait serait diminuée de la somme à prélever sur elle pour payer les frais de culture et les contributions. L'article 630, qui veut qu'il prenne autant de fruits qu'en exige l'étendue de ses besoins, serait ouvertement violé (1).

et à la charge par lui de supporter une portion des contributions et des frais de culture ?

1649. — Deuxième système. — L'usager doit prendre la portion de fruits à laquelle il a droit d'après l'étendue de ses besoins, sur le produit brut, et à la charge par lui de contribuer au paiement des frais de culture et des impôts. Autrement, l'article 635, qui veut que l'usager contribue aux dépenses au prorata de ce dont il jouit, ne recevrait pas son application, et la loi serait violée. Il est vrai que, dans ce système, l'usager n'a point, *en valeur,* une portion de fruits égale à l'étendue de ses besoins; mais il l'a *en nature, en fruits,* et c'est tout ce que veut la loi. C'est d'ailleurs la seule manière de concilier l'article 630 avec l'article 635 (2).

1650. — IV. Comment l'usage s'établit et comment il s'éteint. — « L'usage s'établit (voy. les *Form.* 204 à 209) et se perd de la même manière que l'usufruit. » — Cette disposition pèche par trop de généralité. En effet :

Art. 625.

Comment l'usage s'établit-il? Comment finit-il?

La règle que la loi donne sur ce point n'est-elle pas trop absolue ?

1° L'*usufruit* est, dans certains cas, directement constitué par la loi : on l'appelle alors *usufruit légal.* — Il n'y a point d'*usage légal* (3).

2° L'*usufruit* constitué au profit d'une corporation ne dure que trente ans. On se rappelle que cette limite apportée à la durée de l'usufruit est fondée sur cette considération que, l'usufruitier ayant droit à *tout* l'émolument de la chose, la nue-propriété resterait perpétuellement inutile, si l'usufruit devait durer autant que la corporation au profit de laquelle il a été constitué (voy. le n° 1620).

Il n'en est plus de même de l'*usage,* qui peut n'absorber qu'une *portion* de l'utilité de la chose : on peut donc l'établir au profit d'une corporation, pour un temps qui dépasse trente ans, ou même pour durer autant que la corporation. Dans ce cas, en effet,

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 635.

(2) MM. Duverg., *sur Toull.*, t. III, n° 649; Val., à son cours; Demol., t. II, n° 801; Dem., t. II, n° 479 *bis;* Aubry et Rau, t. II, § 237, note 15; Laurent, t. VII, n° 120.

(3) Quelques personnes ont cru trouver un usage légal dans le droit accordé par les art. 1465 et 1570 à la veuve; mais il est généralement admis aujourd'hui que ce droit de la veuve est un droit particulier qui n'a que peu ou point de rapport avec l'usage proprement dit. Ainsi :

1° La veuve n'est point obligée de rendre un capital égal à celui qu'elle consomme, tandis qu'un usager proprement dit y serait obligé;

2° Elle n'est pas obligée de donner caution;

3° Elle n'est point tenue de contribuer aux dépenses d'entretien.

la nue-propriété ne sera pas inutile, puisque le propriétaire percevra tout ce qui excédera les besoins de l'usager (1).

Quelles différences y a-t-il entre les droits d'*usage* et d'*usufruit* ?

1651. — V. Différences entre l'usufruit et l'usage. — 1° L'*usufruit* donne droit à tout l'émolument de la chose; l'*usage*, au contraire, est mesuré, tarifé sur les besoins de l'usager et ceux de sa famille.

2° L'*usufruit* peut être cédé ou loué; l'*usage* ne peut pas l'être.

3° L'*usufruit* est, dans certains cas, constitué par la loi; l'*usage* ne l'est jamais.

4° L'*usufruit* constitué au profit d'une corporation ne dure que trente ans; dans le même cas, l'*usage, si l'usager n'absorbe pas tout l'émolument de la chose,* dure autant que la corporation.

§ II. *Du droit d'habitation.*

Art. 632 à 634.

Qu'est-ce que le droit d'*habitation* ?

1652. — Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été concédé.

Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé et de sa famille.

Il ne peut être ni cédé ni loué.

Ainsi, le droit d'habitation n'est autre chose que le droit d'usage établi sur une maison.

5e *Répétition*

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS

I. — *Ce que c'est qu'une servitude, ses caractères généraux.*

Art. 637.

Qu'est-ce qu'une *servitude* ?
N'est-ce pas tout à la fois un *droit* et une *charge* ?

1653. — « Une servitude est *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.* »

« Une *charge*... » La servitude est tout à la fois une *charge* et un *droit*, une *charge* si on la considère au point de vue *passif*, un *droit* lorsqu'on l'envisage sous son rapport *actif*. Les jurisconsultes romains, et, d'après eux, nos anciens auteurs, la définissaient en se plaçant à son point de vue actif. « La servitude, disait Pothier, est le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voi-

(1) MM. Demol., t. II, n° 755; Laurent, t. VII, n° 124.

sin, pour la commodité du sien. » Domat disait de même : « La servitude est un *droit* qui assujettit un fonds à quelque service pour l'usage d'un autre fonds qui appartient à un autre maître ; comme, par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage de passer par le fonds de son voisin pour aller au sien. »

La servitude implique donc, comme tout autre droit, une idée complexe, un *droit* d'un côté, une *charge* de l'autre. De même qu'une *obligation* a pour corrélatif inséparable une *créance* (voy. le nº 1333), la *charge* qui constitue la servitude a pour corrélatif nécessaire un *droit réel*.

L'obligation suppose : 1° un bénéfice, un avantage qui fait l'objet de la créance ; 2° une personne qui le doit, le *débiteur ;* 3° une personne à laquelle il est dû, le *créancier*.

La servitude se compose des mêmes éléments : nous y trouvons aussi un objet du droit, un sujet actif et un sujet passif. L'objet du droit, c'est un service ; le sujet passif est l'héritage qui le doit ; le sujet actif est l'héritage auquel il est dû. L'héritage débiteur du service s'appelle *fonds servant;* l'héritage auquel il est dû s'appelle *fonds dominant*.

Ainsi, tandis que l'obligation établit un rapport de droit entre *deux personnes,* la servitude établit un rapport de droit entre *deux héritages*.

Quelle différence y a-t-il entre une *servitude* et une *obligation ?*

Cette différence dans la nature des éléments constitutifs de l'*obligation* et de la *servitude* engendre plusieurs autres différences d'un intérêt pratique fort important.

1654. — 1° L'*obligation* et son corrélatif la *créance* sont restreints passivement et activement à la personne du débiteur et du créancier ou de leurs héritiers. Ainsi la relation n'existe qu'entre deux ou plusieurs personnes *individuellement déterminées*. C'est *telle* ou *telle* personne nommément désignée qui doit le service, *telle* ou *telle* personne qui a le doit de l'exiger.

J'ai promis à Paul de labourer son champ, en même temps et autant de fois que je labourerai un fonds qui est à moi et qui est voisin du sien : l'engagement que j'ai pris envers lui constitue, non pas une *servitude,* une *charge* de ma propriété, mais une *obligation* dont je suis *personnellement* tenu. Cette obligation aura tout son effet contre moi, et, après ma mort, contre mes héritiers ; mais elle ne sera pas, du moins de plein droit, opposable à ceux qui deviendront, *à titre particulier*, propriétaires du fonds à l'occasion duquel je me suis obligé : si je le vends, si je le donne, si je le lègue, l'acquéreur ne sera point tenu de faire le labourage promis. De même, l'acquéreur aux mêmes titres de l'héritage appartenant à Paul n'acquerra point le droit d'exiger de moi l'exécution de mon obligation. La créance de Paul et mon obligation ne peuvent passer activement et passivement à nos successeurs *particuliers* qu'en vertu d'une clause formelle de leur titre d'acquisition.

La *servitude,* au contraire, et le droit qu'elle a pour corrélatif,

Quid, si le fonds do-

minant ou servant change de main?

étant établis, la charge sur un héritage, le droit au profit d'un autre héritage, existent de plein droit, passivement et activement, à l'égard de *toute personne,* quelle qu'elle soit, qui a la propriété du fonds servant ou du fonds dominant. Ainsi, les servitudes constituent des *qualités* actives ou passives qui suivent, en quelques mains qu'ils passent, les héritages dont elles sont des dépendances. Soit une servitude de passage, établie sur le fonds A pour le service du fonds B : toute personne, quelle qu'elle soit, qui acquerra, à quelque titre que ce soit, par succession, donation, vente ou échange..., la propriété du fonds A, devra subir le passage; et, réciproquement, le droit de passer sur le fonds A appartiendra à toute personne qui, par une cause quelconque, deviendra propriétaire du fonds B.

Quid, s'ils périssent?

1655. — 2° En principe, l'*obligation* ne s'éteint ni passivement ni activement par la mort du débiteur ou du créancier ; elle passe, après leur décès, à leurs héritiers. Les *servitudes,* au contraire, étant établies sur un héritage pour le service d'un autre héritage, et les fonds n'ayant point de successeurs, lorsqu'ils périssent, elles s'éteignent nécessairement par la perte du fonds dominant ou du fonds servant.

Le propriétaire du fonds servant peut-il s'affranchir de la servitude qui le grève en forçant l'autre propriétaire à en recevoir le prix?

1656. — 3° Le débiteur peut se libérer de son *obligation* par le paiement qu'il a le droit d'en faire lorsqu'elle est échue. La *servitude,* au contraire, ne confère point un pareil droit au propriétaire du fonds servant : c'est vainement que, pour s'affranchir de la servitude qui le grève, il en offre le prix au propriétaire du fonds dominant. Celui-ci ne peut pas être contraint d'accepter l'offre qui lui est faite : la servitude est, en effet, un démembrement du droit de propriété, une qualité du fonds dominant, et personne ne peut être contraint de vendre la chose qui fait partie de son domaine (art. 545).

Quelle est l'obligation dont est tenu le propriétaire du fonds servant?

1657. — 4° L'*obligation* met le débiteur tantôt dans la nécessité de faire quelque chose au profit du créancier, tantôt dans la nécessité de ne pas faire une chose qui lui nuirait, tantôt, enfin, dans la nécessité de souffrir qu'il fasse telle ou telle chose que lui débiteur, sans l'obligation qu'il a contractée, aurait le droit d'empêcher.

Quant à la *servitude,* elle peut bien conférer au propriétaire du fonds dominant le droit de faire sur le fonds servant certains actes de maître, comme, par exemple, le droit d'y passer pour l'exploitation de son fonds, ou imposer au propriétaire du fonds servant l'obligation de n'y pas faire certains actes qui pourraient nuire au propriétaire voisin, comme, par exemple, l'obligation de ne pas hausser sa maison, afin de ne pas nuire aux vues d'une autre maison ; mais jamais elle ne consiste à *faire quelque chose.* Elle n'est due, en effet, que par l'héritage sur lequel elle est établie, et ce n'est qu'indirectement qu'en souffre le propriétaire ; or, si une *personne* peut être obligée *à faire quelque chose,* on conçoit qu'il n'en saurait être de même d'*un héritage.* La servitude

ne consiste donc, en général, *qu'à souffrir* ou *à ne pas faire* (1). Le propriétaire auquel elle appartient doit, s'il veut en jouir et la conserver, faire à ses frais tous les travaux qui sont nécessaires à ce double effet; il ne peut rien exiger du propriétaire du fonds servant, si ce n'est qu'il s'abstienne de tous actes qui pourraient entraver l'exercice de son droit.

Les parties peuvent, il est vrai, déroger à cette règle par une convention spéciale : elles peuvent convenir, par exemple, que le passage qui fait l'objet de la servitude sera entretenu aux frais du propriétaire de l'héritage sur lequel il est établi. Mais, dans ce cas même, ce n'est pas, à proprement parler, le propriétaire du fonds servant qui est obligé, c'est plutôt le fonds lui-même. Le propriétaire n'est tenu qu'indirectement et en sa qualité de propriétaire. De là, pour lui, la faculté de s'affranchir de l'obligation dont il est chargé, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds dominant (art. 697 à 699). — La même faculté n'a jamais lieu pour les *obligations*. C'est vainement que, pour s'en affranchir, le débiteur offre l'abandon de son patrimoine : il peut toujours, si le créancier l'exige, être contraint de les exécuter (voy. l'expl. de l'art. 686).

Les parties ne peuvent-elles pas convenir que le propriétaire du fonds servant sera tenu de faire tout ce qui sera nécessaire pour l'usage et la conservation de la servitude? Peut-il alors s'affranchir de cette obligation, en abandonnant le fonds servant?

1658. — « Pour l'usage et l'utilité... » Ajoutez : ou pour l'*agrément*...

« D'un héritage... » A la différence de l'usufruit et de l'usage, qui sont établis sur un héritage pour l'avantage et l'utilité d'*une personne* autre que le propriétaire de cet héritage.

Dans quel but et pour que objet la servitude peut-elle être constituée? Sous quel rapport diffère-t-elle de l'usufruit?

1659. — Le droit romain reconnaissait deux sortes de servitudes, les servitudes *réelles* et les servitudes *personnelles*.

La servitude était *réelle* lorsque la charge qui la constituait était établie sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'*un autre héritage*. Elle était *personnelle* lorsqu'elle était établie sur une chose pour l'avantage et l'utilité d'*une personne* autre que le propriétaire de l'objet assujetti; tels étaient les droits d'*usufruit*, d'*usage* et d'*habitation*.

Combien le droit romain connaissait-il de classes de servitudes? Qu'était-ce que la servitude *réelle*? La servitude *personnelle*?

Notre Code, qui admet les mêmes droits, a évité de leur donner la qualification de *servitudes personnelles*. Ces expressions ont paru dangereuses. Quoique juridiquement exactes, elles auraient pu rappeler le souvenir des institutions féodales et blesser la susceptibilité des hommes peu éclairés, qui, se méprenant sur leur sens véritable, y auraient vu peut-être l'*assujettissement d'une personne envers une autre*. Les rédacteurs du Code, qui voulaient prévenir cette méprise, ont cru devoir écarter les expressions qui auraient pu la faire naître.

Pourquoi le Code a-t-il évité d'appeler *servitudes personnelles* les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation?

C'est dans le même but qu'après avoir employé dans la rubrique de notre Titre le mot *servitudes*, ils en ont immédiatement précisé et déterminé le sens, par les mots OU SERVICES FONCIERS,

Pourquoi appelle-t-il *services fonciers* les servitudes qui font l'objet de notre Titre?

(1) *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*. Pomponius, L. 15 § 1, D., *De servit.* (VIII, 1).

qui lui servent de correctif. Ils ont ainsi voulu qu'à la seule inspection du Titre *des servitudes,* le lecteur sût que sous cette dénomination la loi règle, non pas ce qu'on entend communément par le mot *servitude,* mais tout simplement l'assujettissement d'un héritage qui en sert un autre, *dont il augmente l'utilité en perdant une partie de son utilité propre.*

Art. 638.

Pourquoi enfin prend-il le soin de nous dire que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ?

Et, afin de protester plus énergiquement encore contre toute interprétation contraire à leur pensée, ils ajoutent, dans l'article 638, que « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. » Ainsi, la convention qui aurait pour but d'assujettir le fonds A envers le fonds B, en ce sens que le premier ne serait aliénable qu'avec l'assentiment du propriétaire du second, et sous la condition de lui payer une certaine somme pour droit de vente, ainsi que le vassal y était autrefois assujetti envers le seigneur, serait radicalement nulle.

Art. 637.

Peut-on avoir une servitude sur son propre fonds ?

Pourquoi ne le peut-on pas ?

1660. — « Appartenant à un autre propriétaire... » On ne peut avoir de servitude sur son propre fonds : *Nemini res sua servit.* La servitude, en effet, n'ajouterait rien au droit de propriété, puisque ce droit est le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose. Ainsi, lorsqu'un propriétaire établit un passage sur l'un de ses fonds pour l'usage et l'exploitation d'un autre fonds qui est à lui, ce n'est point *jure servitutis,* mais *jure dominii,* qu'il en use.

La *contiguïté* des deux héritages est-elle une condition essentielle de la servitude ?

1661. — Quoique la *contiguïté* des deux héritages soit, dans la plupart des cas, une condition matérielle de l'existence de la servitude, elle n'en est pas pourtant une condition essentielle : la servitude peut, en effet, être de telle nature qu'on puisse atteindre le but pour lequel elle a été établie, bien qu'il existe un fonds libre entre le fonds dominant et le fonds servant. Telle est, par exemple, la servitude d'aspect. Ainsi, le propriétaire d'une maison peut très bien stipuler du propriétaire du fonds A, qu'il ne bâtira pas sur son terrain, quoiqu'il existe entre sa maison et le fonds A un terrain libre de la même servitude. Dans ce cas, la servitude sera et restera utile tant que le propriétaire du terrain intermédiaire n'y fera pas obstacle en bâtissant.

1662. — En résumé, pour qu'il y ait servitude, il faut deux héritages, dont l'un est assujetti au service de l'autre. — Les deux héritages doivent appartenir à deux maîtres différents. — Il n'est pas essentiel qu'ils soient contigus.

La servitude est un droit réel qui, activement et passivement, suit le fonds dominant ou le fonds servant partout où il passe.

Elle consiste, de la part du propriétaire du fonds asservi, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose : elle ne l'oblige point à faire. Il peut toutefois s'engager par une convention expresse à faire les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude ; mais, comme il n'est toujours tenu que *propter rem,* à l'occasion du fonds asservi, il peut, en l'abandonnant, s'affranchir de son obligation.

II. — *Division des servitudes tirée de leur origine.*

1663. — Les servitudes dérivent : Art. 639.

« Ou de la situation naturelle des lieux. »

« Ou des obligations imposées par la loi. » — Le chapitre II, où il est traité des servitudes de cette seconde catégorie, porte pour rubrique : *Des servitudes établies par la loi*, ce qui est plus exact. Ces servitudes, en effet, ne résultent point des obligations que la loi impose aux propriétaires voisins; ce sont plutôt ces obligations qui naissent des servitudes que la loi a établies.

Comment le Code divise-t-il les servitudes sous le rapport de leur origine?

Est-il exact de dire que certaines servitudes dérivent *des obligations* imposées par la loi?

« Ou enfin *des conventions* entre *les propriétaires.* » — Ou, plus exactement, *du fait de l'homme,* ainsi que cela est dit dans la rubrique du chapitre III, qui correspond à cette troisième catégorie des servitudes. Nous verrons, en effet, qu'elles peuvent s'établir non seulement par *convention,* mais encore par *testament* et par l'effet de la *prescription,* c'est-à-dire, dans tous les cas, *par un fait de l'homme.*

Les servitudes de la troisième classe ne naissent-elles que des *conventions entre propriétaires ?*

Ainsi, trois classes de servitudes :

1° Les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ou *servitudes naturelles ;*

2° Les servitudes établies par la loi, ou *servitudes légales ;*

3° Les servitudes établies par *le fait de l'homme.*

— Cette division tripartite des servitudes peut être critiquée sous plusieurs rapports :

Cette division des servitudes est-elle bien juste? Sous quels rapports peut-elle être critiquée?

1664. — 1° La distinction des servitudes en servitudes *naturelles* et servitudes *légales* n'existe, à vrai dire, que dans les mots et non dans les choses. Les premières, en effet, sont, de même que les secondes, établies par la loi; et réciproquement, les secondes, comme les premières, ne sont consacrées par la loi qu'à raison de la situation naturelle des lieux. N'est-il pas vrai, par exemple, que la nécessité de contribuer au bornage des propriétés voisines (art. 646) et à la construction des murs de clôture, dans certains cas déterminés (art. 663), constituent des droits et des obligations d'une nature tout à fait identique ? Il fallait donc les comprendre sous une même rubrique. Ce n'est pas pourtant ce qu'a fait la loi. Elle a placé parmi les *servitudes naturelles* l'obligation du bornage, et parmi les *servitudes légales* l'obligation de contribuer à la construction des murs de clôture!

On a cependant essayé de justifier cette distinction. « Certaines servitudes, a-t-on dit, sont d'une nécessité si absolue qu'elles ne peuvent pas ne pas exister; elles résultent si impérieusement de la nature même des choses, qu'on les trouve établies dans tous les temps et dans toutes les législations : la loi ne les crée pas, elle ne fait que se les approprier et les revêtir de sa sanction. Telle est, par exemple, la nécessité pour les fonds inférieurs de recevoir les eaux qui découlent naturellement des

fonds supérieurs (art. 640). Cette servitude est un effet nécessaire de l'ordre de la nature : la loi la confirme et en règle les effets, elle ne l'établit point. Dès lors, il n'y a rien d'illogique à dire qu'elle dérive de la situation naturelle des lieux.

« Il en est d'autres, au contraire, que la nature des choses ne rend point absolument nécessaires, mais que la loi a cru devoir établir pour la plus grande commodité des héritages. Celles-ci ont quelque chose d'arbitraire; on comprendrait qu'elles n'existassent point. Elles n'ont même pas toujours été admises et consacrées comme les premières; bien plus, elles sont inconnues chez certains peuples. C'est donc la loi qui les crée, qui les établit de son propre chef : c'est d'elle, par conséquent, qu'elles dérivent. »

Quoi qu'il en soit, il sera toujours vrai de dire que cette distinction ne présente aucun intérêt quant à l'application des règles du droit.

Les servitudes de la première et de la deuxième classe, sont-elles de véritables servitudes, des servitudes proprement dites ?

1665. — 2° Les servitudes de la première classe (les servitudes *naturelles*) et celles de la seconde classe (les servitudes *légales*) ne sont point des servitudes proprement dites : il n'y a, en effet, de servitudes, de servitudes véritables, que celles qui sont établies *par le fait de l'homme*. Ce point demande quelques explications.

Qu'est-ce, proprement parler, qu'une *servitude ?*

Une servitude, ainsi que le mot l'indique, est une atteinte, une entrave, apportée à l'état de liberté : c'est, par conséquent, une *exception*, une dérogation au droit commun, à ce qui est de règle.

Il faut donc, pour reconnaître les servitudes, rechercher quel est l'état de liberté des héritages, le droit commun de la propriété foncière en France.

S'il était de la nature du droit de propriété d'être *absolu* et *sans limites*, toute entrave qui en gênerait l'exercice serait une *servitude*. Mais tel n'est point le caractère de la propriété. La nature elle-même la soumet à certaines charges (voy. art. 640); de son côté, la loi a pris soin de la renfermer dans certaines limites (voy. l'art. 544). Ces limites ou restrictions apportées au droit de propriété ne le détruisent pas; elles le confirment, au contraire, en lui donnant ses modalités d'existence.

La propriété ainsi réglée a donc son existence juridique, pleine et entière. Comment, dès lors, appeler cette situation *une servitude?* Où est l'assujettissement d'un fonds à un autre? Cette condition normale, légale, de la propriété, n'est-elle pas, au contraire, la liberté, liberté réglée, il est vrai, mais semblable en cela à toutes les libertés?

En d'autres termes, la *servitude* consiste dans une dérogation au droit commun : le droit commun n'est donc pas une servitude! Or, les charges de la propriété, établies par notre chapitre I et par notre chapitre II sous le nom de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, étant imposées *à tous les fonds indistinctement*, ou au moins à tous ceux qui se trouvent dans une situation dé-

terminée, forment le droit commun de la propriété française.

Ainsi, le fonds qui n'est assujetti qu'aux charges établies par la loi est dans son état de *liberté légale;* il n'est point *en servitude.*

Cette propriété, ainsi organisée, peut être modifiée par le propriétaire : il peut en détacher une partie pour la rattacher à un autre droit de propriété, dont elle augmente l'utilité. Dans ce cas, la propriété démembrée au profit d'une autre n'est plus dans son état normal, régulier; sa liberté est entravée : il y a *servitude.*

1666. — La servitude, en un mot, est une modification de la propriété *telle qu'elle est organisée par notre Code :* on ne peut, par conséquent, considérer comme de véritables servitudes que les modifications que le propriétaire apporte volontairement à son droit de propriété. En d'autres termes, il n'y a de servitudes proprement dites que celles qui *sont établies par le fait de l'homme.*

Quel intérêt y a-t-il à faire remarquer que les servitudes de la première et de la deuxième classe ne sont point, à proprement parler, de véritables servitudes?

C'est bien ainsi qu'on l'entend dans la pratique. Soit la vente d'un immeuble faite sous cette déclaration, qu'il *est franc et libre de toutes servitudes :* cette clause, si générale qu'elle soit, ne s'entend pourtant que des servitudes établies par le fait de l'homme. Ainsi, l'acheteur n'aurait pas le droit de se plaindre, sous prétexte que le fonds qui lui a été vendu est dans la nécessité de recevoir les eaux qui découlent naturellement d'un fonds supérieur.

Les relations que la loi établit entre propriétaires voisins ne constituent-elles pas des *obligations* plutôt que des *servitudes?*

Toutefois, ne peut-on pas tirer certaines conséquences de cette qualification de *servitudes* appliquée à ces obligations?

1667. — Sous un autre rapport encore, la loi est défectueuse. Les relations de droit que la loi a établies entre les propriétaires voisins, et qu'elle qualifie si mal à propos de *servitudes* ne sont en réalité que des *obligations,* ainsi qu'elle le reconnaît elle-même dans l'article 1370.

Toutefois, bien que cette qualification de *servitudes* appliquée à de simples *obligations* soit doctrinalement vicieuse, la loi s'en étant servie, nous devons tirer les conséquences légales que cette expression comporte. Ainsi :

1° De même que les *servitudes,* ces *obligations* sont attachées activement et passivement aux héritages qu'elles concernent : elles les suivent, par conséquent, en quelques mains qu'ils passent;

2° Comme les propriétaires des héritages qui y sont assujettis n'en sont tenus que *propter rem,* ils peuvent s'en affranchir par l'abandon de l'héritage à l'occasion duquel ils sont obligés (voy. le n° 1657);

3° Les actions auxquelles elles donnent lieu constituent, comme celles qu'engendrent les servitudes, de véritables actions *réelles immobilières :* c'est, par conséquent, le tribunal de la *situation des immeubles auxquels elles se rapportent* qui est compétent pour en connaître. En matière d'*obligations ordinaires,* au contraire, c'est devant le tribunal du *domicile du défendeur* que doivent être portés les procès dont elles sont l'objet (art. 59, C. pr.).

CHAPITRE PREMIER. — Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

Les servitudes dites *naturelles* sont relatives :
1° Aux eaux;
2° Au bornage des propriétés contiguës;
3° A la clôture.

§ Ier. *Des eaux.*

Art. 640.

Les fonds inférieurs sont-ils obligés de recevoir les eaux qui découlent des fonds supérieurs ?

1668. — La loi réglemente tout d'abord cette nécessité de fait qui assujettit les fonds inférieurs, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent *naturellement et sans que la main de l'homme y ait contribué.*

Il résulte des termes mêmes de cette disposition qu'elle n'a trait qu'aux eaux qui suivent le cours que la nature elle-même, c'est-à-dire que la configuration primitive des héritages, leur a imprimé, et qu'ainsi elle ne s'applique point à celles qui ont été détournées de leur cours naturel, ou qui ont jailli de la terre par le fait de l'homme. Il y aura donc toujours une question de fait à vérifier. Les eaux pluviales, les eaux qui proviennent de la fonte des neiges ou qui découlent des terres par infiltration, suivent-elles le cours que l'inclinaison *naturelle* des terrains leur a imprimé : l'héritage inférieur est obligé de les recevoir. Leur cours naturel a-t-il été changé par la main de l'homme : le propriétaire du fonds inférieur peut demander la destruction des travaux qui les ont dirigées de son côté. Il en est de même des eaux de source : si elles ont jailli d'elles-mêmes, sans que la main de l'homme y ait contribué, les héritages situés au-dessous de celui dans lequel ces eaux ont leur source sont obligés de les recevoir; que si, au contraire, le propriétaire du fonds supérieur est allé chercher dans les entrailles de la terre la source qui s'y tenait captive, il n'a pas le droit de faire écouler sur les fonds inférieurs les eaux qu'il a fait surgir à la surface du sol. S'il ne parvient pas à les contenir chez lui dans un réservoir, ou à les faire perdre dans le sol ou sur la voie publique, les propriétaires des fonds inférieurs peuvent exiger que la source soit comblée, ou, tout au moins, demander une indemnité pour le dommage qu'ils éprouvent.

En ce qui concerne les eaux de *ménage*, les eaux qui proviennent de l'égout d'un toit, les fonds inférieurs ne sont, en aucun cas, tenus de les recevoir, puisqu'elles n'y coulent ou qu'elles n'y tombent toujours que par le fait de l'homme.

Quelle obligation cette servitude impose-t-elle au propriétaire du fonds servant ?

Le propriétaire du fonds supérieur n'est-il

1669. — Le propriétaire du fonds inférieur ne peut point faire des travaux, élever des digues, pour empêcher l'écoulement des eaux qui viennent naturellement du fonds supérieur dans le sien.

Réciproquement, le propriétaire du fonds supérieur ne peut

rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. Il ne lui serait point permis, par exemple, de faire sur son terrain des travaux qui auraient pour effet de rendre l'écoulement des eaux plus véhément ou plus rapide.

pas tenu d'une obligation semblable ?

1670. — L'intérêt de l'agriculture avait fait admettre, en droit romain, un tempérament à notre règle : le propriétaire d'un fonds supérieur était autorisé à y pratiquer des rigoles pour l'écoulement des eaux qui, par leur séjour dans le fonds, auraient pu nuire à la semence et empêcher la récolte. Bien que le cours de ces eaux eût été créé ou rendu plus rapide *par le fait de l'homme*, les propriétaires des fonds inférieurs étaient obligés de les recevoir (1). Cette décision ne devrait pas être admise dans notre droit, si l'on s'en tenait rigoureusement au texte de l'article 640 de notre Code; mais l'esprit de la loi la justifie. Il n'y aurait point, en effet, d'agriculture possible avec l'interprétation contraire. Telle est l'opinion unanime des auteurs (2).

Le propriétaire d'un fonds peut-il y pratiquer des rigoles pour l'écoulement des eaux qui, par leur séjour dans le fonds, pourraient nuire à la semence et empêcher la récolte ?

— Après avoir posé la règle générale que nous venons d'étudier, la loi règle les droits que les propriétaires peuvent avoir :

1° Sur les eaux à l'état de *source;*

2° Sur les eaux qui *bordent* leur héritage;

3° Sur les eaux qui le *traversent.*

1671. — I. DES EAUX A L'ÉTAT DE SOURCE. — Les propriétaires des fonds inférieurs sont *obligés* de recevoir, sans aucune indemnité, les eaux provenant d'une source qui a surgi d'elle-même à la surface du sol (voy. le n° 1668); ils sont obligés de les recevoir, quelque dommage qu'elles leur causent. Mais ils n'ont sur elles aucun *droit*, dans le cas où elles pourraient leur être utiles. La source qui produit ces eaux appartient exclusivement au propriétaire du fonds dans lequel elle se trouve : car la propriété du sol emporte la propriété du dessous comme celle du dessus (art. 552). Il a sur sa source un pouvoir absolu : il peut donc en conduire les eaux dans des puits absorbants, ou les faire servir à tel usage que bon lui semble; et, alors même qu'il les absorbe en totalité, personne n'a le droit de se plaindre. Tel est le principe. Mais la loi y apporte deux exceptions.

Art. 641.

A qui appartiennent les eaux de sources

1672. — PREMIÈRE EXCEPTION. — Le propriétaire du fonds dans lequel se trouve la source n'en est plus le maître absolu, *lorsqu'il a cédé le droit de recevoir les eaux qui en proviennent aux propriétaires inférieurs auxquels elles sont utiles, ou lorsqu'ils l'ont acquis par prescription.* Dans ce cas, les rôles sont changés : le fonds supérieur, qui, tout à l'heure, était fonds dominant, est devenu fonds servant, et réciproquement; la servitude, qui était *natu-*

(1) Ulpien, L. 1, §§ 3 et suiv., D., *De aquâ et aquæ pluviæ arcendæ* (XXXIX, III).

(2) MM. Aubry et Rau, t. III, § 240, p. 11; Laurent, t. VII, n° 370.

relle, s'est convertie en servitude proprement dite, en servitude *du fait de l'homme.*

Art. 642.

A quelles conditions est soumise la prescription acquisitive du droit de recevoir, quand elles sont utiles, les eaux provenant d'une source située dans un fonds supérieur ?

Suffit-il que l'eau ait coulé pendant trente ans sur le fonds inférieur ?

Suffit-il que le propriétaire inférieur en ait joui pendant trente ans ?

1673. — L'acquisition par la *prescription* du droit de recevoir, quand elles sont utiles, les eaux qui proviennent d'une source située dans un fonds supérieur, exige plusieurs conditions.

Il ne suffit point que l'eau ait coulé sur le fonds inférieur pendant trente ans : ce fait ne constitue, de la part du propriétaire de la source, qu'une abstention, purement *facultative,* de l'exercice de son droit, et les *actes de pure faculté* ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Il ne suffit même pas que le propriétaire du fonds inférieur ait tiré, pendant trente ans, un usage continu et non interrompu de l'eau qui a coulé sur sa propriété : la loi ne voit dans ce fait qu'un acte de *simple tolérance* de la part du propriétaire du fonds supérieur, et les actes de cette nature, de même que les actes de pure faculté, ne peuvent point servir de fondement à la prescription (voy. l'explic. de l'art. 2232). Il faut :

1° Que le propriétaire du fonds inférieur ait manifesté par des ouvrages l'intention de s'approprier *jure servitutis* le cours d'eau dont il a joui ;

2° Que ces ouvrages facilitent la chute et le cours de l'eau ;

3° Qu'ils soient *apparents :* la possession qui n'est point *publique* ne compte point pour la prescription (art. 2229). Ainsi, des conduits souterrains, des tuyaux enfouis dans la terre, ne suffisent point, à moins qu'ils ne se manifestent par quelque signe extérieur ;

4° Que la jouissance de l'eau ait duré trente ans sans interruption, à compter du moment où il a *terminé* les ouvrages qu'il a pratiqués pour faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

Est-il nécessaire que les ouvrages soient faits, au moins en partie, sur le fonds supérieur ?

— Est-il nécessaire que ces ouvrages soient faits, au moins en partie, sur le fonds dans lequel se trouve la source? S'ils n'ont été exécutés que sur le fonds inférieur, sans entamer le fonds supérieur, suffisent-ils? La question est controversée.

1674. — Premier système. — *Les travaux doivent être faits, au moins en partie, sur le fonds supérieur.* — Cela résulte :

1° *De l'autorité historique.* — Nos anciens auteurs sont, en effet, unanimes sur la question : tous la décident dans le sens qui vient d'être indiqué.

2° *Des termes mêmes de notre article.* — La loi, en effet, exige que les travaux dont il s'agit facilitent la *chute* de l'eau ; or, pour qu'il en soit ainsi, il faut de toute nécessité qu'ils soient exécutés sur le fonds supérieur d'où l'eau descend dans l'héritage inférieur : car, s'ils n'existaient que dans le fonds inférieur, ils pourraient faciliter la *réception* de l'eau, mais ils n'en faciliteraient pas la *chute,* puisqu'elle est déjà opérée dès que l'eau touche à ce fonds.

3° *Des principes généraux en matière de prescription.* — Pour acquérir par prescription la chose d'autrui, il faut la posséder *animo*

domini, c'est-à-dire *à titre de propriétaire* (art. 2229) : on ne peut la posséder à ce titre qu'à la condition de faire sur elle des actes de maître ou de propriétaire : il faut que le possesseur se comporte comme si elle lui appartenait réellement. Dans l'espèce, il s'agit d'une servitude, et *omnis servitus consistit in alieno fundo :* le propriétaire du fonds inférieur qui veut l'acquérir doit donc faire sur le fonds supérieur des actes de possession ; autrement il ne prescrira point, puisqu'on ne prescrit que ce que l'on possède. Or, le propriétaire inférieur qui a fait sur son propre fonds des travaux, sans mordre sur le fonds supérieur, n'a rien possédé de ce fonds. Par conséquent, il n'a rien prescrit.

La prescription ne court point, d'ailleurs, contre celui qui ne peut pas l'empêcher ; or, s'il suffisait pour la faire courir que le propriétaire inférieur eût fait sur son fonds des travaux destinés à faciliter la chute de l'eau, comment le propriétaire du fonds supérieur pourrait-il se mettre en garde contre cette prescription et sauvegarder son droit ? En s'opposant aux travaux ? Mais bien souvent il ne les connaîtra pas, car son fonds peut être séparé du fonds inférieur par une clôture ou quelque édifice qui les lui masquera. Et, à supposer qu'il les aperçoive, comment s'y opposera-t-il ? Le propriétaire inférieur n'est-il pas, en effet, le maître de faire sur son fonds tout ce qui lui plaît ? Le propriétaire supérieur ne peut point se plaindre, dès que son fonds est respecté (1) !

1675. — Deuxième système. — *Il suffit que les travaux soient faits sur le fonds inférieur.* — A ne consulter que les vrais principes du droit, le premier système serait irréprochable ; mais les travaux préparatoires du Code nous montrent que les rédacteurs ont voulu, dans l'espèce, faire du droit exceptionnel. Ils ont, en effet, et de la manière la plus formelle, écarté le premier système et consacré le second.

La question fut posée au Tribunat ; toutes les raisons que nous avons déjà données en faveur du premier système y furent exposées, mais sans succès. On fit remarquer que le propriétaire supérieur qui laisse passer le long intervalle de trente ans sans troubler la jouissance du propriétaire inférieur est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature ; que les *ouvrages extérieurs* (ces expressions sont celles qui se trouvaient dans le projet) que ce dernier a faits sur son propre fonds étaient une déclaration formelle qu'il avait dessein de prescrire, et qu'ainsi le propriétaire supérieur devait s'imputer de n'avoir manifesté aucune disposition contraire ; qu'il lui était facile d'ailleurs d'empêcher la prescription, soit en détournant l'eau ou en l'absorbant, ainsi qu'il en avait le droit, avant que la prescription fût acquise, soit en assignant de-

(1) Proud., *Traité du dom. pub.*, t. IV, n° 1372 ; Dur., t. V, n° 181 ; Toull., t. III, n° 635 ; Bug., à son cours ; M. Demol., t. I (*des Servit.*), n°s 79 et 80. — La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens. Voy. notamment l'arrêt du 23 janvier 1867 (Sir., 67, 1, 125).

vant la justice l'auteur des travaux, pour voir dire qu'il entendait conserver intact le droit absolu de disposer de sa source, et, par suite, de la retenir pour lui ou d'en changer le cours; que, s'il n'a rien fait de tout cela, alors que la loi l'avertissait d'agir, il n'a pas à se plaindre de la perte de son droit, puisqu'il n'a pas fait ce qu'il pouvait et devait faire pour le conserver.

Ces considérations firent prévaloir le second système; et, comme les mots *ouvrages extérieurs* qui se trouvaient dans le projet auraient pu faire croire que ces travaux devaient être faits non seulement sur le fonds inférieur, mais encore *en dehors* de ce fonds, c'est-à-dire sur le fonds supérieur, on les remplaça, afin de prévenir cette fausse interprétation, par les mots *ouvrages apparents*, qui sont restés dans la rédaction définitive de notre article (1).

Art. 643.

Le propriétaire d'une source peut-il en changer le cours, lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau, l'eau qui leur est nécessaire ? Mais n'a-t-il pas alors droit à une indemnité ? Comment cette indemnité est-elle réglée ?

1676. — Deuxième exception. — Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune, d'un village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. Son intérêt particulier a dû fléchir devant l'intérêt public. Mais, comme il ne serait pas juste de lui imposer ce sacrifice sans compensation, la loi, par application du principe posé dans l'article 545, lui accorde une indemnité.

Cette indemnité est réglée à l'amiable par les parties intéressées, ou, si elles ne s'entendent pas à cet effet, par la justice, sur un rapport d'experts. Les experts doivent alors prendre pour base de leur estimation, non pas le profit que les habitants retirent de l'eau, mais le dommage que le propriétaire de la source éprouve par suite de l'expropriation qu'il subit (arg. tiré de l'art. 682).

Est-elle toujours due?

Au reste, cette indemnité n'est point due lorsque les habitants auxquels l'eau est nécessaire « en ont *acquis* (au moyen d'un titre, tel, par exemple, qu'une donation ou un legs) ou *prescrit* l'usage. »

La loi suppose le cas où les habitants ont acquis ou prescrit l'usage de l'eau : elle déclare qu'alors l'indemnité n'est pas due. Mais, peut-on dire, qu'ont-ils besoin d'acquérir ou de prescrire l'usage de l'eau ? ne l'ont-ils pas déjà ?

1677. — Ici se présente une difficulté. La loi suppose que les habitants ont prescrit ou qu'ils ont acquis, par un arrangement fait avec le propriétaire, l'usage de l'eau, c'est-à-dire le droit de s'en servir. « Mais, dit-on, ce droit ils l'ont déjà : c'est la loi même qui le leur confère, sous la condition d'une indemnité à payer. Comment donc pourraient-ils l'acquérir à nouveau? Il est évident que cela ne se peut pas! La loi s'est mal expliquée. Ce que les habitants peuvent acquérir, ce n'est pas l'usage de l'eau, puisqu'ils l'ont déjà, c'est tout simplement la *libération* de l'indemnité dont la loi les constitue débiteurs. » Ainsi, dans ce système, la prescription dont il est question dans notre article n'est point, comme celle qui est réglée par l'article 642, une prescription *acquisitive* de l'usage de l'eau; ce n'est qu'une prescription *libéra-*

(1) Delv., t. I, p. 155; MM. Aubry et Rau, t. III, § 244, notes 17 et 18; Val., à son cours; Marc., sur l'art. 642; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Dem., t. II, n° 493 *bis*, I; Laurent, t. VII, n° 203.

toire de l'obligation de payer l'indemnité due au propriétaire de la source. D'où l'on conclut qu'il n'est point nécessaire, pour qu'elle s'accomplisse à leur profit, qu'ils aient fait des *travaux apparents* pour se servir de l'eau : il suffit que le propriétaire ait laissé passer trente années, à compter du jour où ils ont fait usage de sa source, sans réclamer d'eux l'indemnité dont ce fait les a constitués débiteurs envers lui (1).

Ont-ils besoin, pour la prescription dont il s'agit, de faire des travaux apparents pour le service de l'eau?

1678. — Suivant M. Valette, cette explication ne donnerait point la véritable pensée de la loi. Il n'est pas exact, selon lui, de dire que les habitants ont un droit d'usage sur la source par cela seul et dès l'instant que les eaux qu'elle produit leur sont nécessaires. La loi ne leur donne, en effet, que la faculté d'acquérir ce droit au moyen d'une *expropriation* qu'elle leur permet d'imposer au propriétaire de la source. Donc, tant qu'ils n'ont pas usé de cette faculté, c'est-à-dire tant qu'ils n'ont pas déclaré au propriétaire l'intention où ils sont de profiter du bénéfice que leur accorde l'article 643, l'*expropriation* n'a point lieu ; aucune indemnité n'est due au propriétaire de la source, qui reste maître d'en disposer selon son intérêt particulier; les habitants n'ont sur elle aucun droit. Si, en fait, ils en usent, ce n'est que par la tolérance du propriétaire (voy. Proudhon, t. IV, n° 1388).

Cela posé, trois hypothèses sont possibles.

1678 *bis*. — 1° Les habitants de la commune ont, par une notification formelle, déclaré au propriétaire que, l'eau de sa source leur étant nécessaire, ils entendaient user du droit dont ils sont armés par l'article 643, et qu'ils étaient prêts à payer l'indemnité que ce même article met à leur charge :

Si le propriétaire, reconnaissant leur droit, accepte expressément, ou tacitement, par le silence qu'il garde, l'offre qui lui est faite, dès cet instant, l'expropriation a lieu;

Si, au contraire, il soutient que l'eau qu'ils réclament ne leur est pas nécessaire, l'expropriation reste en suspens tant que cette nécessité n'a pas été judiciairement vérifiée et reconnue.

Dès qu'elle a été reconnue, soit à l'amiable par le propriétaire, soit contre lui par la justice, les habitants ont acquis sur sa source un droit d'usage sous l'obligation de payer une indemnité. Cette obligation sera prescrite si le propriétaire reste trente ans sans en réclamer le paiement. Mais ce n'est pas de cette *prescription libératoire* que parle notre acticle : il ne vise, en effet, que la prescription *acquisitive de l'usage*.

1679. — 2° Les habitants n'ont fait aucune déclaration, aucune offre au propriétaire; cependant ils usent de l'eau, mais sans avoir construit aucun ouvrage apparent pour s'en servir.

(1) MM. Dur., t. V, n° 189: Aubry et Rau, t. III, § 244, p. 42 et 43, notes 38 et 39; Marc., sur l'art. 643; Duc., Bonn. et Roust., sur le même art. ; Dem., t. II, n° 494 *bis*, II; Demol., t. I, n° 98.

Dans ce cas, aucune prescription n'est possible, ni la prescription *libératoire* de l'indemnité (car, tant qu'il n'y a pas eu expropriation, la dette d'indemnité n'existe pas), ni la prescription *acquisitive* de l'usage (puisque ce n'est que par la tolérance du propriétaire qu'ils usent de l'eau de sa source).

1680. — 3° Les habitants n'ont point fait d'offre, point de déclaration; mais ils ont exécuté des ouvrages apparents pour s'approprier l'eau et pour s'en servir.

Dans cette hypothèse, ils prescrivent, par trente ans de jouissance, à compter du jour où les travaux ont été terminés, l'usage de l'eau, l'usage libre, affranchi de l'obligation de payer une indemnité. Tel est le cas prévu et réglé par notre article.

La pensée de la loi (la liaison qui existe entre les articles 641, 642 et 643, l'indique assez) est celle-ci : Les corporations peuvent, de même que les particuliers, acquérir par titre ou par prescription le droit de se servir de l'eau; en outre, elles ont ce privilège, que, lorsqu'elles ne l'ont acquis ni par titre ni par prescription, elles ont le droit de se le faire attribuer moyennant une indemnité (1).

Art. 644.

1681. — II et III. Des eaux qui *bordent* ou qui *traversent* un héritage. — Le propriétaire qui a une source dans son fonds a sur elle un droit absolu : il en use à sa volonté. Il peut laisser couler sur les fonds inférieurs l'eau qu'elle produit, ou, s'il le préfère, la retenir sur le sien dans des bassins, canaux ou étangs, pratiqués à cet effet : il en fait, en un mot, tel usage que bon lui semble, à moins que les propriétaires inférieurs n'aient acquis sur elle, par titre ou par prescription, le droit de s'en servir.

Cette eau, lorsque le propriétaire la laisse couler, forme bientôt un ruisseau, puis un véritable cours d'eau, qui *borde* ou qui *traverse* un grand nombre d'héritages. Quels droits ont alors sur elle les propriétaires de ces héritages ?

La loi a dû, pour les régler, distinguer les deux situations qui viennent d'être indiquées.

Quel droit les propriétaires ont-ils, 1° sur les eaux qui *bordent* leurs héritages ?

Le cours d'eau *borde-t-il* d'un seul côté l'héritage dont il s'agit de déterminer les droits : le propriétaire de cet héritage n'a sur l'eau qu'un droit restreint et limité, 1° par le droit parallèle du propriétaire de la rive opposée (l'eau qui sépare leurs propriétés est mitoyenne entre eux; chacun d'eux a sur elle des droits égaux) ; — 2° par le droit des héritages inférieurs.

De là la règle suivante :

1682. — Le propriétaire dont l'héritage est bordé, d'un seul côté, par un cours d'eau, n'a que le droit de s'en servir *à son passage pour l'irrigation de sa propriété*. Il lui est permis de pratiquer des saignées ou rigoles, ou tout autre ouvrage d'art, pour conduire l'eau dans les parties reculées de son fonds ; mais il ne peut le faire

(1) Comp. M. Laurent, t. VII, n° 222.

que dans une proportion restreinte, afin de ne pas empiéter sur le droit de son coriverain. Il ne pourrait donc changer le cours de l'eau ni l'attirer en totalité dans son fonds. Bien plus, l'eau qu'il emploie pour l'irrigation de sa propriété ne lui est pas attribuée exclusivement : il ne peut en faire usage qu'à la charge de la rendre, après s'en être servi, à son cours naturel, afin que les propriétaires inférieurs puissent en profiter à leur tour (arg. d'analogie tiré du 2e alinéa de notre article).

1683. — Le cours d'eau *traverse-t-il* l'héritage, qui lui sert ainsi de limites des deux côtés : le propriétaire de cet héritage n'a point à ménager les intérêts d'un riverain opposé. Son droit n'est limité que par le droit des propriétaires des héritages inférieurs : on lui accorde donc l'usage absolu de l'eau, sous la seule condition de la rendre, après ses besoins satisfaits, à la sortie de son fonds, à son cours naturel. 2° Sur les eaux qui les *traversent ?*

Ainsi, tandis que le propriétaire d'un héritage *bordé* par une eau courante ne peut s'en servir qu'en partie et seulement *à son passage*, c'est-à-dire sans pouvoir en changer la direction, le propriétaire de l'héritage qui est *traversé* par elle peut, dans toute l'étendue de son fonds, lui donner le cours que bon lui semble, pourvu qu'à la sortie de son fonds il la rende à son cours naturel. Quelle différence la loi établit-elle entre le propriétaire d'un héritage BORDÉ par une eau courante et le propriétaire dont l'héritage est TRAVERSÉ par elle ?

Ce n'est pas tout. Le propriétaire de l'héritage *bordé* par le cours d'eau n'a que le droit de s'en servir *pour l'irrigation de son fonds :* s'il l'employait à l'*établissement d'une usine*, il outrepasserait le droit que la loi lui accorde. — Le propriétaire dont l'héritage est *traversé* par le cours d'eau peut, au contraire, s'en servir comme il l'entend ; et, par conséquent, y établir toute espèce d'usine.

Cette différence résulte implicitement des principes consacrés par notre article. Mais, administrativement, elle n'existe pas. D'un côté, en effet, l'Administration peut autoriser le propriétaire d'un héritage *bordé* par un cours d'eau à y établir des usines et à y prendre la quantité d'eau qu'elle détermine à cet effet ; d'un autre côté, il résulte des règlements généraux sur les cours d'eau, que le propriétaire d'un fonds traversé par une eau courante n'y peut construire d'usine sans avoir obtenu, préalablement, l'autorisation de l'Administration. Il n'existe donc, quant aux usines, aucune différence entre le propriétaire riverain d'un seul côté et le propriétaire riverain des deux côtés.

1684. — Plusieurs questions ont été soulevées au sujet du droit d'irrigation. Et d'abord quelle en est l'étendue? On est bien d'accord en ce point que le propriétaire riverain peut faire participer au bénéfice de l'irrigation toutes ses propriétés, si étendues qu'elles soient, lorsque d'ailleurs elles se rattachent, sans solution de continuité, à sa propriété riveraine ; mais peut-il (à supposer, bien entendu, qu'il obtienne à cet effet le consentement des propriétaires intermédiaires) porter l'eau qui le traverse ou le borde sur des terres non contiguës de son fonds riverain? Quelle est l'étendue du droit d'irrigation ? Peut-il être appliqué à des propriétés non contiguës du fonds riverain?

M. Demante (nº 495 *bis*, III) tient pour l'affirmative. « Ce n'est point seulement, dit-il, *à la propriété qui borde le cours d'eau*, c'est *à ses propriétés,* que le propriétaire peut, aux termes de la loi, appliquer l'irrigation. L'eau prise au passage peut donc, lorsque les propriétaires intermédiaires ne s'y opposent point, être conduite du fonds riverain sur d'autres fonds appartenant au même propriétaire » (*Conf.* M. Demol., t. I, nº 150).

M. Duranton, au contraire, enseigne (t. V, nº 231) que le droit d'irrigation, n'étant concédé qu'à celui dont la *propriété borde* une eau courante, ne peut être appliqué qu'à des terres *riveraines*. L'article 644 permet, il est vrai, au propriétaire riverain d'employer l'eau qui le borde à l'irrigation de *ses propriétés ;* mais ce pluriel n'a, dans l'espèce, aucune portée, puisque la loi, dès le début même de sa disposition, ne s'exprime qu'au singulier. Cette équivoque est, d'ailleurs, levée par la nature même du droit d'irrigation. Tout le monde sait, en effet, qu'il a toujours été considéré comme une compensation équitable des inconvénients des cours d'eau : dès lors, comment et à quel titre l'appliquer même à des propriétés *non riveraines?* (*Conf.* MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 644).

Un propriétaire peut-il, sans le consentement de ses corriverains et des riverains inférieurs, concéder à des tiers l'eau qui borde ou traverse son fonds ?

1685. — C'est aussi une question controversée que celle de savoir si un propriétaire peut, sans le consentement de ses coriverains et des riverains inférieurs, concéder à des tiers l'eau qui borde ou traverse son fonds. Mais il est évident qu'on la devra résoudre négativement, si on admet avec M. Duranton que le droit d'irrigation ne peut être appliqué qu'à des fonds *riverains*. Dans le système de M. Demante, au contraire, c'est l'affirmative qui devra être admise. Du moment, en effet, qu'on décide qu'un riverain peut transmettre à ses terres non riveraines l'eau qui le borde, on lui reconnaît implicitement par là même la faculté d'en disposer au profit d'un tiers : car, à moins d'une disposition formellement prohibitive, tout droit est cessible.

Le propriétaire, qui a augmenté par des acquisitions de terrains contigus l'étendue de son fonds riverain, peut-il, contre l'opposition de ses cointéressés, faire servir l'eau aux terres nouvellement acquises ?

1686. — On s'est encore demandé si le propriétaire qui a augmenté, par des acquisitions de terrains contigus, l'étendue de son fonds riverain peut ou non faire servir, contre l'opposition de ses cointéressés, l'eau aux terres nouvellement acquises.

M. Duranton pense (t. V, nº 235) qu'il ne le peut point. « N'est-il pas vrai, dit-il, qu'une servitude *conventionnelle* de prise d'eau ne saurait être aggravée par le résultat des augmentations que le fonds dominant pourrait recevoir? Or, la faculté accordée par la loi à un propriétaire riverain de se servir de l'eau pour l'irrigation de son fonds dans son état actuel est comme la concession d'une servitude conventionnelle de prise d'eau pour tel fonds. Et, d'ailleurs, s'il lui était permis de faire participer au bénéfice de l'irrigation les terres qu'il ajoute à son fonds riverain, rien ne lui serait plus facile que de rendre vaine la disposition de la loi qui limite à ses terres riveraines le droit d'irrigation dont elle l'investit : ce qui serait une source d'abus et de fraude au préjudice de ses cori-

verains ou des riverains inférieurs » (*Conf.* MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 644).

1687. — On répond, dans un autre système, que les droits d'usage conférés aux propriétaires riverains des cours d'eau sont plutôt des attributs de la propriété riveraine que des servitudes proprement dites, et qu'ainsi, au lieu de les assimiler à des servitudes *conventionnelles*, on les doit régler d'après les principes particuliers sur lesquels repose la loi qui les a créés. Or, l'article 644 ne détermine point limitativement l'étendue de la propriété à laquelle il attache le droit d'irrigation : cet attribut est, en effet, appliqué au fonds riverain, tel qu'il se comporte, au fonds tout entier, sans aucune limitation. Dès lors, qu'en conclure, si ce n'est que le droit d'irrigation augmente ou diminue suivant que la propriété riveraine dont il est un attribut augmente ou diminue elle-même ? Prétendre qu'il demeure perpétuellement le même, et qu'ainsi on doit pour déterminer son étendue considérer *l'état primitif* des fonds, c'est vouloir tout simplement remonter au déluge (1).

Lorsqu'un fonds riverain est démembré, soit par l'effet d'une aliénation partielle, soit, après le décès du propriétaire, par l'effet d'un partage, les portions qui ont cessé d'être riveraines perdent-elles ou non le droit à l'usage de l'eau?

1688. — Reste une dernière question. Lorsqu'un fonds riverain est démembré, soit par l'effet d'une aliénation partielle, soit, après le décès du propriétaire, par l'effet d'un partage, les portions qui ont cessé d'être riveraines perdent-elles ou non le droit à l'usage de l'eau? A cet égard, une distinction est nécessaire.

Le droit à l'usage de l'eau subsiste :

1° Lorsqu'il a été expressément réservé par une clause de l'acte d'aliénation ou de partage : cette réserve est alors la loi des parties ;

2° Même en l'absence de toute clause à cet égard, lorsqu'il existe un fossé, une rigole ou tout autre travail destiné à faire participer au bénéfice de l'irrigation toutes les parties du fonds démembré : il y a alors une sorte de destination du père de famille (art. 694), qui équivaut à une réserve expresse du droit à l'usage de l'eau.

Et remarquez que dans ces deux cas le droit à l'usage de l'eau subsiste, non seulement au regard du riverain aliénateur d'une portion de son fonds, ou de ceux de ses héritiers auxquels ont été attribuées des portions riveraines, mais encore à l'égard des propriétaires de l'autre rive et des riverains inférieurs : ces derniers n'ont point, en effet, à se plaindre, puisque les choses restent dans leur état primitif (2).

Le droit à l'usage de l'eau est, au contraire, limité aux portions riveraines, lorsque, d'une part, l'acte d'aliénation ou de partage ne contient point la réserve expresse dont il vient d'être parlé, et que, d'autre part, il n'existe sur le fonds démembré aucun travail apparent propre à constituer, au profit des portions non ri-

(1) MM. Daviel, t. II, n° 587 ; Demol., t. I, n° 152.
(2) MM. Dur., t. V, n° 234 ; Demol., t. I, n°s 153 et 154.

veraines, une sorte de destination du père de famille. Dans cette hypothèse, en effet, les propriétaires des portions séparées du cours d'eau ne peuvent invoquer ni la qualité de riverains, puisqu'ils ne le sont point, ni leur titre, puisqu'il ne contient à leur profit aucune réserve expresse ou tacite du droit à l'usage de l'eau.

Le droit accordé aux propriétaires riverains de se servir des eaux qui bordent ou traversent leurs héritages s'applique-t-il à toute espèce de cours d'eau?

1689. — L'article 644, que nous venons d'expliquer, ne s'applique point :

1° Aux eaux qui sont une *dépendance du domaine public,* c'est-à-dire aux fleuves et aux rivières navigables ou flottables. D'après l'Ordonnance de 1669 *sur les eaux et forêts*, les propriétaires riverains d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable n'avaient aucun droit sur le cours d'eau, pas même un droit d'irrigation. La loi du 16 octobre 1791 leur accorde, au contraire, le droit d'y pratiquer des prises d'eau, sous la condition de n'y rien faire de contraire à l'intérêt général et à la navigation. Cette faculté créa des abus; le Code les a fait cesser, en revenant au principe de l'Ordonnance de 1669. Toutefois, il n'est point défendu à l'autorité supérieure d'accorder aux riverains le droit qu'ils n'ont point en principe; mais cette concession reste essentiellement révocable.

2° Aux eaux qui coulent dans un *canal creusé de main d'homme* : ces eaux ne bordent pas, en effet, les héritages qui longent le canal, puisqu'elles coulent sur un terrain qui appartient exclusivement à un autre propriétaire.

3° Aux eaux *pluviales:* ces eaux appartiennent au premier occupant. Le propriétaire sur le fonds duquel elles tombent ou arrivent d'un fonds supérieur peut donc s'en emparer sans qu'il ait à ménager l'intérêt des propriétaires riverains ou inférieurs. Ainsi, il n'est point tenu de les rendre, après s'en être servi, au cours que leur imprime la pente naturelle des terres. La loi lui laisse le droit de les retenir et de les absorber dans son intérêt exclusif.

Art. 645.

D'après quels principes doivent être jugées les contestations qui s'élèvent entre les propriétaires riverains?

1690. — Les contestations entre propriétaires appelés à bénéficier d'un cours d'eau sont jugées par les tribunaux de première instance, qui, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété et à l'industrie. La loi ne pouvait pas aspirer à tout régler et à tout prévoir, dans une matière où l'infinie variété des circonstances doit avoir une aussi grande influence; elle a préféré s'en rapporter à la sagesse et à la prudence des magistrats. Mais remarquez que ce pouvoir de juger *ex æquo et bono* n'est que subsidiaire : car, s'il existe un titre ou des règlements administratifs qui règlent les droits respectifs des parties, ce titre ou ces règlements font loi entre elles. Ce n'est donc qu'à défaut de titres ou de règlements particuliers et locaux que les juges sont autorisés à user du pouvoir discrétionnaire que la loi leur confie.

APPENDICE.

MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LES LOIS DES 29 AVRIL 1845, — 11 JUILLET 1847, — ET 10 JUIN 1854, AUX DISPOSITIONS DU CODE CIVIL SUR LES EAUX.

Les dispositions du Code civil sur les eaux n'ont elles point reçu certaines modifications?

Loi du 29 avril 1845.

Quel est le double objet de la loi du 29 avril 1845?

1691. — Cette loi a un double objet. Elle a créé, en effet, une servitude de passage des eaux :

1° Pour l'irrigation des propriétés ;

2° Pour l'écoulement des eaux nuisibles ou pour l'assainissement des fonds submergés.

1692. — I. SERVITUDE DE PASSAGE DES EAUX POUR L'IRRIGATION. — Les eaux rendent à l'agriculture de si féconds services qu'on a dû, dans un intérêt public bien entendu, donner aux propriétaires qui ont le droit d'en user ou d'en disposer toutes les prérogatives nécessaires pour en tirer le plus grand parti possible. C'est dans ce but qu'une servitude de passage a été établie, d'une part, sur les héritages intermédiaires à travers lesquels doit être conduite l'eau sur le fonds que l'on veut arroser, et, d'autre part, sur les fonds inférieurs par lesquels elle doit s'écouler après l'arrosement.

Pour quel objet peut être constituée la servitude de passage des eaux ?
Qu'en faut-il conclure?

— L'établissement de cette servitude ne peut être autorisé que *pour l'irrigation*. Elle ne peut donc être constituée :

Ni pour faire mouvoir une usine;

Ni pour établir un étang;

Ni pour un usage domestique ou d'agrément.

Peut-elle être constituée quelle que soit la nature des eaux qu'on désire utiliser ?

1693. — En tant qu'il s'agit d'irrigation, la loi ne fait aucune distinction, quant à la nature des eaux qu'on désire utiliser; sous ce rapport, elle est aussi générale que possible. Ainsi, que les eaux proviennent d'une source ou de la pluie, qu'elles soient naturelles ou artificielles, comme celles qu'on obtient par le creusement d'un puits artésien, qu'elles forment de simples cours d'eau ou des rivières navigables, qu'elles bordent un héritage ou qu'elles le traversent, il n'importe : dans tous les cas, la règle est la même (1).

Au profit de quelles personnes peut-elle l'être?

1694. — Quant aux personnes autorisées à demander la concession de la servitude de passage, la loi se borne à renvoyer au droit antérieur. « Tout propriétaire qui, *ayant droit de disposer d'eaux naturelles ou artificielles,* veut s'en servir pour l'irrigation de ses propriétés pourra, dit-elle, obtenir le passage de ces eaux

(1) Dem., n° 498 *bis*, II; M. Demol., *des Serv.*, t. I, n° 206; MM. Aubry et Rau, t. III, § 241, p. 13.

sur les fonds intermédiaires et leur écoulement sur les fonds inférieurs. » Or, *ce droit de disposer des eaux naturelles ou artificielles,* à qui appartient-il ? c'est ce que la loi nouvelle ne nous dit point. Qu'en conclure, si ce n'est que les principes établis en ce point restent intacts et entiers ? De là la règle suivante : La servitude d'irrigation peut être établie pour le passage des eaux dont un propriétaire a la disposition *d'après la législation antérieure.* Ainsi, peuvent la demander :

1° Le propriétaire qui a dans son fonds une source, un puits artésien, des eaux pluviales, ou, plus généralement, une eau dont il a la pleine disposition. Il ne pouvait point, sous l'empire du Code, contraindre les propriétaires intermédiaires à lui concéder, même moyennant une juste et préalable indemnité, le droit de conduire ces eaux à travers leurs héritages, sur le fonds qu'il désirait arroser. Il n'en est plus de même aujourd'hui. La loi lui permet de s'adresser à la justice et de triompher par cette voie de la résistance des propriétaires qui refusent de traiter à l'amiable avec lui (voy. le n° 1697).

2° Le propriétaire dont la propriété est bordée ou traversée par une eau courante, lorsqu'il a acquis, soit par l'effet d'une prescription, soit en vertu d'un traité passé avec ses coriverains et les riverains inférieurs, le droit de s'en servir pour l'irrigation des terres *non riveraines.*

3° Le même propriétaire, dans le cas où ses cointéressés — les riverains de l'autre rive et les riverains inférieurs — tolèrent provisoirement l'acte par lequel il entend faire participer ses terres non riveraines au bénéfice de l'irrigation, ou, dans tous les cas, lorsqu'il n'absorbe que la quantité d'eau qui lui est assignée par les règlements existants.

4° Le propriétaire non riverain qui s'est fait concéder par le propriétaire d'une source, d'un étang ou d'un canal, le droit de prendre de l'eau pour l'irrigation de son fonds.

5° Enfin le propriétaire, riverain ou non riverain, qui a obtenu de l'Administration une prise d'eau dans une rivière navigable ou flottable (1).

1695. — En ce qui touche les questions controversées que nous avons étudiées sous les n°s 1684 à 1688, la loi nouvelle les laisse entières : c'est donc conformément aux anciens principes qu'on les doit résoudre (2). Les rédacteurs de la loi, ceux qui l'ont préparée, qui l'ont discutée, expliquée et défendue dans les deux Chambres, ont, en effet, répété à satiété *qu'elle laissait intacts* TOUS *les principes du Code civil sur la propriété et l'usage des eaux ; qu'elle n'avait d'autre objet que d'accorder aux propriétaires riverains qui voudraient, pour l'irrigation de leurs propriétés, se servir*

(1) M. de Parieu, *Revue de législ.*, année 1845, p. 21 ; Dem., n° 498 *bis*, II ; MM. Aubry et Rau, t. III, § 241, note 9. — *Contrà*, M. Demol., t. I, n° 212.
(2) *Contrà*, M. Demol., n°s 213 et 214.

des eaux DONT LE CODE LEUR ACCORDE L'USAGE, *le droit de les faire passer sur les fonds intermédiaires.* « Nous ne modifions point la législation ancienne, disait M. Dalloz, le rapporteur de la loi, en établissant une servitude de passage, en faveur du riverain ; nous ne lui concédons aucun droit autre que celui qui lui est accordé par le Code civil; nous ne lui accordons même pas un volume d'eau plus considérable que celui que lui accordent les lois existantes. » MM. Passy et Gasparin exprimèrent la même idée. « Le projet de loi, dirent-ils, n'admet d'autre innovation que la possibilité accordée aux propriétaires d'obtenir le passage, sur les fonds d'autrui, des eaux dont ils ont le droit de disposer. *Sur tout autre point, la législation présentement en vigueur ne subit aucune espèce de modification.* La loi qui est présentée *ne s'écarte en rien des dispositions et de l'esprit du Code civil.* »

1696. — II. SERVITUDE D'ÉCOULEMENT DES EAUX NUISIBLES. — « La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires peut être accordée au propriétaire d'un terrain *submergé* en tout ou en partie, à l'effet de procurer l'écoulement des eaux nuisibles. » Remarquez que la loi ne fait aucune distinction, soit quant aux causes de submersion, soit quant à la quotité des eaux à faire écouler. Que la submersion provienne d'une cause naturelle ou du fait de l'homme, par exemple, du creusement d'un puits artésien, que les eaux soient ou ne soient point corrompues, il n'importe : dans tous les cas, le propriétaire submergé peut obtenir la faculté, non point seulement de laisser écouler, de quelque manière que ce soit, sur les fonds qu'elles doivent traverser, les eaux qui nuisent à son fonds, mais de les diriger, au moyen d'un aqueduc, ou de tout autre travail, dans le lieu où elles doivent se perdre (1).

Quelle autre servitude la loi du 29 avril 1845 permet-elle d'acquérir ?

Quid, si la submersion du terrain qu'on veut assainir provient du fait de l'homme?

1697. — III. DISPOSITIONS GÉNÉRALES. — La servitude de passage pour l'irrigation des propriétés ou pour l'écoulement des eaux nuisibles, n'est point directement et de plein droit établie par la loi; les propriétaires en faveur desquels elle peut être constituée doivent en obtenir la concession en justice, quand ils ne l'obtiennent point à l'amiable. Le tribunal auquel ils s'adressent est constitué juge souverain de la convenance et de l'utilité de l'entreprise, ce qui implique la faculté d'accorder ou de refuser, suivant les circonstances, l'établissement de la servitude.

Les servitudes dont nous venons de parler sont-elles directement établies ou constituées par la loi ?

Comment les acquiert-on donc?

Nous verrons bientôt qu'il en est différemment de la servitude de passage que les propriétaires *enclavés* peuvent réclamer pour l'exploitation de leurs fonds (voy. le n° 1704). Aussi, tandis que la loi nouvelle décide seulement que les propriétaires qui veulent user des eaux dont ils ont la disposition, ou se débarrasser de celles qui leur nuisent, peuvent *obtenir* la servitude d'irrigation ou d'écoulement, l'article 682 porte que le propriétaire *enclavé* peut *réclamer* le passage dont il a besoin pour l'exploitation de son

Quelle différence peut-on signaler à cet égard entre nos servitudes et la servitude de passage dont il est parlé dans l'art. 682 ?

(1) Dem., n° 498 *bis*, VI; M. Demol., t. I, nos 222 et 223.

fonds. M. Demolombe (n° 264) fait remarquer, à ce sujet, que le mot *obtenir* a été substitué, dans la loi nouvelle, au mot *réclamer*, précisément afin de marquer cette différence entre les deux cas.

Sur quel fonds peuvent être constituées les servitudes d'irrigation et d'écoulement?

1698. — Les servitudes d'irrigation et d'écoulement des eaux nuisibles peuvent être établies sur toute espèce de fonds, à l'exception des maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

A quelle condition peuvent-elles être acquises? Les juges doivent-ils, dans tous les cas, accorder une indemnité au propriétaire du fonds sur lequel elles sont établies? Ne faut-il pas distinguer à cet égard?

1699. — La servitude de passage pour l'irrigation des propriétés ne peut être accordée que moyennant une juste et préalable indemnité à payer aux propriétaires des terrains intermédiaires, à travers lesquels l'eau devra être conduite sur les fonds qu'on veut arroser. Quant aux propriétaires inférieurs, obligés de recevoir l'eau après l'arrosement, la loi porte seulement que l'indemnité *pourra* être due. Les juges ont donc à cet égard un pouvoir discrétionnaire qu'ils n'ont point dans le premier cas. Ainsi, ils pourront imposer la charge de l'écoulement des eaux, sans aucune indemnité, lorsqu'ils estimeront qu'elles n'apporteront aucun dommage aux propriétaires qui les devront recevoir, et, à plus forte raison, si elles doivent leur être utiles (1).

La loi ne disant rien de l'indemnité à payer pour l'établissement de la servitude de passage pour l'écoulement des eaux nuisibles, on doit, par analogie de motifs, appliquer ce qui vient d'être dit en dernier lieu.

Où devront être portées et d'après quels principes devront être jugées les contestations auxquelles elles pourront donner lieu?

1700. — Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation du parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux, qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété (voy. le n° 1690).

— « Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux. »

Loi du 11 *juillet* 1847.

Quel est l'objet de la loi du 11 juillet 1847?

1701. — Il arrive souvent que les cours d'eau ne sont point au niveau des propriétés riveraines. Le propriétaire dont l'héritage est *traversé* par ces eaux, peut alors les élever au niveau de sa propriété, au moyen d'un barrage qu'il appuie sur ses deux rives. Le propriétaire qui n'a qu'une *seule* rive n'avait pas, d'après le Code, la même ressource : car le barrage n'est possible qu'à la condition de l'appuyer sur les deux rives, ce que ne pouvait faire le riverain d'un seul côté. La loi du 11 juillet 1847 a comblé cette lacune. Celui dont la propriété borde une eau courante peut, moyennant une juste et préalable indemnité, acquérir sur la rive opposée un point d'appui pour son barrage.

(1) Dem., t. II, n° 498 *bis*, III; M. Demol., t. I, nos 216 et 217.

La même loi ajoute que le riverain sur le terrain duquel ce droit d'appui sera concédé, pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien. Dans ce cas, aucune indemnité ne sera respectivement due; celle qui aura été payée devra être rendue.

Le riverain sur le terrain duquel un droit d'appui a été concédé peut-il se servir du barrage ? A quelle condition le peut-il ? A quelle condition et sur quel fonds peut être acquise la servitude d'appui ?

La servitude d'appui n'a lieu, de même que la servitude d'irrigation, que moyennant une juste et préalable indemnité, et sous des restrictions du même genre, mais moins étendues que pour le passage de l'eau sur les fonds intermédiaires. Les *bâtiments*, *cours* et *jardins* attenant aux habitations, sont, en effet, seuls affranchis de la servitude d'appui; les *parcs* et *enclos* y demeurent, par conséquent, soumis. La loi a pensé, sans doute, que la servitude d'appui, étant moins gênante que la servitude de conduite d'eau, devait être renfermée dans des limites moins étroites.

Où et comment doivent être jugées les contestations auxquelles elle peut donner lieu ?

Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application de ces dispositions seront portées devant les tribunaux. Il sera procédé comme en matière sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, le tribunal pourra ne nommer qu'un seul expert.

Loi du 10 *juin* 1854.

Quel est l'objet de la loi du 10 juin 1854 ?

1702. — Quoique la loi du 11 juillet 1847 eût comblé une lacune de la loi du 29 avril 1845, l'œuvre du législateur était restée inachevée et incomplète. Les propriétaires avaient été, on se le rappelle, autorisés à se faire accorder, pour l'écoulement des eaux nuisibles, une servitude de passage sur les fonds intermédiaires; mais, comme cette disposition ne visait expressément que les propriétés *submergées,* c'est-à-dire les terres dont la surface est inondée ou couverte d'eau, on en avait conclu qu'elle était inapplicable aux terrains où les eaux ne séjournent, quoique en grande quantité et fort nuisibles d'ailleurs, qu'à l'intérieur du sol et sans envahir la surface. L'assainissement de ces terres intéressait trop directement l'agriculture et, par suite, le bien public, pour qu'on ne cherchât point à l'encourager et à le faciliter. Tel est l'objet de la loi du 10 juin 1854. « Tout propriétaire qui voudra, dit-elle, assainir son fonds par le procédé du *drainage* ou par tout autre mode d'assèchement, pourra, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux, souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement » (1).

Et, comme les propriétaires ne pourraient point toujours, soit par suite de la constitution du sol, soit à cause de son morcellement, entreprendre isolément des travaux de drainage et

(1) Le *drainage* consiste à placer dans un fonds des séries de tuyaux qui en enlèvent l'humidité par le sous-sol.

de dessèchement, on a dû les autoriser à s'associer entre eux, afin d'agir en commun. Leur association, purement facultative, du reste, jouit des droits et supporte les obligations établis par la loi.

Sous quels rapports la servitude du passage des eaux, pour l'assainissement des terrains non submergés, diffère-t-elle des servitudes d'irrigation et de point d'appui ?

1703. — La servitude du passage des eaux pour l'assainissement des terrains non submergés diffère, sous deux rapports, des servitudes d'irrigation et de point d'appui.

1704. — 1° Nous avons vu, sous le n° 1697, qu'en ce qui touche l'irrigation, les propriétaires peuvent simplement *obtenir* l'établissement de la servitude de passage et de point d'appui ; d'où nous avons conclu que le tribunal auquel ils s'adressent à cet effet est juge souverain de la convenance et de l'utilité de leur demande. La loi sur le drainage ne s'exprime plus de la même manière : le propriétaire qui voudra, dit-elle, assainir son fonds... peut, moyennant une juste et préalable indemnité, *en conduire les eaux* à travers les fonds intermédiaires. Les expressions *en peut conduire les eaux*... indiquent qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une servitude *légale* et *nécessaire*. Elle doit donc être accordée à tout propriétaire qui en forme la demande. M. Heurtier en a fait la remarque au Corps législatif, lors de la discussion de la loi. Les juges, a-t-il dit, n'auront point à se prononcer sur l'établissement de la servitude : car cette servitude est établie par la loi elle-même (1).

1705. — 2° Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes d'irrigation, d'appui et d'assainissement des fonds submergés, restent dans la compétence des tribunaux de première instance. Celles qui concernent le drainage sont portées, en premier ressort, devant le juge de paix.

---

§ II. *Du bornage des propriétés contiguës.*

Art. 646.

Qu'est-ce que le *bornage* ?

1706. — Le bornage est l'acte par lequel deux propriétaires indiquent, en les fixant par des signes visibles et permanents, les limites de leurs propriétés contiguës. Les signes employés dans ce but s'appellent *bornes*, d'où est venu le mot *bornage*.

A quelle époque peut-il être demandé ?

En déterminant les points précis où l'un des héritages finit et où l'autre commence, le bornage coupe court aux procès qui naîtraient infailliblement de la confusion des limites. Par là même, il intéresse la société tout entière. Le droit de le demander est donc d'intérêt public, et, par suite, *imprescriptible*. Ainsi, il peut être exercé *à toute époque*.

Il protège les propriétaires contre les usurpations réciproques auxquelles les laisserait exposés la confusion de leurs propriétés : il est donc *également* utile à chacun d'eux. D'où cette double conséquence :

(1) MM. Aubry et Rau, t. III, § 242, p. 23 et 24. — *Contrà*, M. Flandin, *De la Transcr.*, nos 419 et 420.

1° Le droit de réclamer le bornage appartient à chacun des deux propriétaires dont les propriétés sont contiguës.

Qui peut le demander?

2° Le bornage se fait *à frais communs*, c'est-à-dire par portions égales, quoique les héritages soient de valeurs ou d'étendues inégales. Mais remarquez : 1° que les frais d'*arpentage*, s'il y a lieu d'y recourir, doivent être supportés proportionnellement à l'étendue des héritages : car, plus est grand chaque héritage, plus est considérable le nombre des vacations du géomètre employé à le mesurer (1); 2° que, s'il s'élève quelque contestation à l'occasion du bornage, les frais qui résultent du procès sont à la charge exclusive de celle des parties qui succombe (voy. la *Form.* 212).

Aux frais de qui est-il fait?

1707. — L'action en bornage (voy. les *Form.* 210 et 211) peut être intentée, non seulement par le *propriétaire,* mais encore par un usufruitier, un usager, un possesseur, sauf au défendeur à mettre en cause le propriétaire, afin d'éviter, par un règlement stable et définitif, toute difficulté pour l'avenir.

Ne peut-il être demandé que par des *propriétaires?*

1708. — La loi du 24 août 1790 attribuait aux *tribunaux de première instance* la connaissance des actions en bornage ; la loi du 25 mai 1838 (art. 6, n° 2) les a placées dans la compétence des *juges de paix* (2).

Devant quel tribunal doivent être portées les actions en bornage?

Toutefois, la même loi ajoute que les juges de paix ne seront compétents *qu'autant que la propriété ou que les titres qui l'établissent ne seront pas contestés.*

Cette restriction semble n'être qu'un tempérament à la règle; mais, en réalité, c'en est, à peu de chose près, la destruction même. Comment, en effet, comprendre qu'il puisse y avoir procès en bornage sans contestation sur la propriété? De deux choses l'une :

Ou les parties seront d'accord sur la limite de leurs héritages, et alors il n'y aura point de procès : elles auront besoin peut-être d'un géomètre pour dresser leur plan, mais à coup sûr elles n'auront pas besoin de recourir à la justice ;

Ou la limite à déterminer donnera lieu à un débat, et alors, *la propriété étant contestée*, les juges de paix ne seront point compétents.

Ainsi, dans le premier cas, il est inutile de s'adresser à eux, puisqu'il n'y a point de procès; dans le second, cela est impossible, puisque la propriété est contestée.

Quand donc sont-ils compétents ?

Il arrive souvent, dans les campagnes surtout, que deux propriétaires voisins, quoique parfaitement d'accord sur la délimitation de leurs héritages, ne peuvent pas aboutir à un bornage amiable et volontaire. C'est vainement que l'un d'eux y convie

(1) Bug., à son cours; M. Demol., t. I, n° 276; MM. Aubry et Rau, t. II, § 199, p. 226.

(2) Voy. M. Demol., t. I, n° 244.

l'autre; celui-ci, par indifférence ou par tout autre motif, refuse obstinément. Un recours à la justice peut seul vaincre sa résistance. C'est alors que les juges de paix deviennent compétents.

Doivent-elles l'être devant le tribunal du *domicile* du défendeur, ou devant le tribunal de la *situation des héritages?*

1709. — On voit donc qu'en définitive leur compétence est renfermée dans des limites fort modestes.

Ainsi, l'action en bornage sera portée devant un tribunal de première instance ou devant un tribunal de paix, suivant que la propriété sera ou ne sera pas contestée. Mais quel tribunal de première instance ou de paix sera compétent? Devra-t-on assigner devant le tribunal du *domicile* du défendeur, comme dans les actions *personnelles,* ou devant le tribunal de la *situation des héritages*, comme dans les actions *réelles,* ou enfin devant *l'un ou l'autre* de ces tribunaux, au choix du demandeur, comme dans les matières *mixtes* (voy. l'art. 59, C. pr.)?

Si nous ne consultions que les principes, nous dirions que l'action en bornage est *purement personnelle* ou qu'elle est *mixte*, suivant que la propriété est ou n'est pas contestée, et qu'ainsi elle doit être portée, dans le premier cas, devant le tribunal du domicile du défendeur, dans le second, devant le tribunal du domicile du défendeur ou devant le tribunal de la situation des héritages, au choix du demandeur. Dans le premier cas, en effet, l'obligation de se borner est une obligation purement pécuniaire, puisqu'elle n'a, en définitive, pour objet qu'une somme d'argent à payer pour la moitié des frais qu'entraînera le bornage : l'action par laquelle on demande l'exécution de cette obligation est donc *purement personnelle.* Dans le second cas, la propriété étant en jeu, la matière devient *mixte.*

Mais la loi, en qualifiant de *servitude* l'obligation de se borner, lui a imprimé un caractère de *réalité* qui en fait une matière purement *réelle.* C'est donc, dans tous les cas, le tribunal de la situation des héritages qui sera compétent (voy. le n° 1667, 3°).

§ III. *Du droit de clôture.*

Art 647 et 648.

Les propriétaires ont-ils le droit de se clore?

1710. — « Tout propriétaire peut clore son héritage. »

La faculté de se clore est une conséquence du droit de propriété. Le propriétaire qui en use ne demande absolument rien à son voisin; il ne fait que se servir de sa propre chose, dans les plus strictes limites de son droit de propriété. Par quelle étrange méprise la loi a-t-elle donc pu placer ce droit parmi les servitudes? Rien assurément n'y ressemble moins! Au lieu de le qualifier de *servitude,* la loi aurait pu, à plus juste titre, l'appeler *contre-servitude.*

Pourquoi la loi leur accorde-t-elle *expressément* ce droit?

Peut-être même s'étonnera-t-on que le législateur ait jugé nécessaire de faire une disposition formelle pour consacrer un droit aussi incontestable! Mais l'origine de cette disposition va nous en révéler l'utilité.

Le droit de clôture était autrefois entravé par deux obstacles, savoir : 1° par le droit de chasse, attribué aux seigneurs sur les fonds roturiers ; 2° par les droits de *parcours* ou de *vaine pâture,* consacrés par plusieurs coutumes.

Qu'est-ce que la *vaine pâture?*

La *vaine pâture* est le droit réciproque que les habitants d'une *même commune* ont d'envoyer leurs bestiaux paître sur les terres les uns des autres, lorsqu'il n'y a ni semences ni fruits.

Le *parcours?*

Le *parcours* est le droit en vertu duquel les habitants de *deux communes voisines* peuvent envoyer réciproquement leurs bestiaux paître en vaine pâture d'un territoire sur l'autre. C'est, en d'autres termes, le droit de vaine pâture exercé de commune à commune.

Depuis longtemps le droit de chasse sur les terres d'autrui a cessé d'exister. Il en est différemment des droits de parcours et de vaine pâture, fondés soit sur un titre, soit sur la loi, soit sur un usage local immémorial. Ces droits, ayant été conservés, auraient pu apporter une entrave à l'exercice du droit de se clore. C'est pour faire disparaître cet obstacle que notre article a été fait. Il faut donc le traduire ainsi : les droits de vaine pâture et de parcours n'empêchent point les propriétaires de se clore.

Le propriétaire qui use du droit de clôture conserve-t-il ses droits de vaine pâture et de parcours?
Dans quelle proportion les perd-il?

Toutefois, « le propriétaire qui se clôt perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. » — Il faut, pour comprendre cette disposition, se rappeler que, dans les pays de parcours et de vaine pâture, des règlements ou les usages locaux déterminent la quantité de bétail que chaque ayant-droit peut envoyer en vaine pâture *proportionnellement à l'étendue des terres qu'il a dans la commune :* les bénéfices sont proportionnés à la mise dans l'apport commun. Si donc il reprend, par la clôture, une partie de son apport, il est juste qu'il perde une part proportionnelle des bénéfices. Ainsi, lorsqu'il clôt, par exemple, le quart de ses héritages, il ne peut plus envoyer à la vaine pâture que les trois quarts du bétail qu'il avait le droit d'y envoyer, alors qu'aucune de ses terres n'était clôturée.

Le droit de se clore est-il absolu? N'a-t-il pas certaines limites?

1711. — Le droit de se clore, si étendu qu'il soit, a cependant ses limites, comme le droit de propriété d'où on le déduit. Les fonds peuvent, en effet, être grevés de servitudes incompatibles avec l'état de clôture. Ainsi, il n'est point permis de clore les héritages sur lesquels il existe une servitude de passage, que cette servitude soit fondée sur un titre, ou qu'elle soit fondée sur le principe consacré par l'article 682 (1).

Il en est de même dans le cas où il existe entre *deux particuliers* un droit de vaine pâture *fondé sur un titre.* Toutefois, le propriétaire qui veut s'affranchir de ce droit de vaine pâture peut le racheter à dire d'experts, et recouvrer par cette libération le droit

(1) Le texte même de l'art. 647, après avoir posé la règle que tout propriétaire peut clore son héritage, ajoute : « sauf l'exception portée en l'art. 682. »

de se clore (art. 7 et 8 de la sect. IV du Titre I de la loi rurale des 28 sept.-6 oct. 1791) (1).

CHAPITRE II. — Des servitudes établies par la loi.

36e *Répétition.*

Art. 649 à 652.

Quels sont les différent objets des servitudes établies par la loi ?
A quoi se rapportent les servitudes qui ont pour objet l'utilité publique ou communale ?
Le Code civil en traite-t-il ?
Par quelles lois sont réglées les servitudes établies pour l'utilité des particuliers ?
A quoi se rapportent-elles?

1712. — Les servitudes établies par la loi ont pour objet :

1° L'utilité publique ou l'utilité de l'État;

2° L'utilité communale ;

3° L'utilité des particuliers.

Les servitudes établies pour l'utilité publique et pour l'utilité communale sont du ressort du droit administratif. Elles ont principalement pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations, ou les grève de certaines charges, les uns à l'égard des autres, indépendamment de toute convention. Ces obligations réciproques introduisent entre propriétaires voisins des relations bienveillantes et pacifiques, sans lesquelles la société ne serait pas possible.

Les unes sont réglées par les lois sur la police rurale; les autres, rentrant plus particulièrement dans le droit privé, sont régies par le Code civil. Celles-ci ont trait : aux murs, aux haies, aux fossés mitoyens, — aux divers étages d'une maison qui appartiennent à plusieurs personnes divisément, — au cas où il y a lieu à contre-mur, — aux vues sur la propriété du voisin, — à l'égout des toits, — enfin au droit de passage.

Section première. — Du mur et du fossé mitoyens.

1713. — La rubrique de cette Section n'indique pas suffisamment son objet. La matière qui y est traitée n'est pas, en effet bornée aux *murs* et aux *fossés* mitoyens ; elle embrasse, en outre

1° Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent divisément à plusieurs personnes;

2° La mitoyenneté des *haies;*

3° Enfin, la distance à observer dans la plantation des arbres

(1) On discute sur le point de savoir si les propriétaires peuvent, en faisan clore leurs héritages, s'affranchir du droit de vaine pâture *établi par un titr entre les habitants de la même commune ou de deux communes voisines.* Généra lement on résout cette question par la négative. « Les rédacteurs du Code, d même que les rédacteurs de la loi rurale de 1791, n'ont, dit-on, eu en vue que l parcours et la vaine pâture *résultant de la loi ou des usages locaux.* Quan aux droits de parcours et de vaine pâture constitués *par titre*, c'est-à-dire pa la volonté des propriétaires, ces droits sont de véritables servitudes établies pa le fait de l'homme et qui, en conséquence, doivent être régies par les art. 69 et 701. » Voy., en ce sens, Toullier, t. III, n° 161; Dur., t. V, n° 265. — *Contra* MM. Duc., Bonn. et Roust., sur les art. 647 et 648; Demol., t. I, nos 288 et s. Aubry et Rau, t. II, § 191, note 19; Laurent, t. VII, nos 445 et suiv.

§ I. *De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des murs.*

1714. — I. Ce que c'est que la mitoyenneté. — Ses différences avec la communauté ou l'indivision ordinaire. — Le mot *mitoyenneté,* mot complexe, composé des mots *moi, toi,* indique l'idée de *copropriété*, de *communauté,* ou d'*indivision.* Or, une chose est *commune* ou *indivise,* lorsque *chacune des parties* ou *molécules* dont elle se compose appartient à deux ou plusieurs personnes. Chacun des copropriétaires, au lieu d'avoir un droit exclusif sur une partie connue et déterminée de la chose commune, a, sur chacune de ses parcelles un droit *indivis,* c'est-à-dire mêlé et confondu avec celui de ses copropriétaires. Lorsque la chose qui est commune entre deux personnes consiste en un objet intermédiaire, servant de séparation à des fonds contigus, la communauté de cette chose s'appelle la *mitoyenneté.* Qu'est-ce que la *mitoyenneté ?*

La mitoyenneté est donc, en général, la *copropriété*, par portions *indivises*, d'un objet intermédiaire, servant de limite et de séparation à deux propriétés contiguës.

Spécialement, le mur mitoyen est celui qui appartient *indivisément en commun* à deux propriétaires dont il sépare les fonds ou les héritages. Ainsi, lorsqu'un mur est mitoyen, les propriétaires voisins auxquels il appartient n'ont point dans ce mur des portions connues, divisées et déterminées par la ligne séparative qu'on suppose tracée au milieu; chacun d'eux a un droit égal et rival sur chacune des parties dont ce mur se compose. Qu'est-ce qu'un mur *mitoyen ?*

1715. — Toutefois, la *mitoyenneté* constitue une communauté *sui generis*, qui, sous plusieurs rapports, se sépare de la communauté ordinaire. Elle en diffère quant à la manière de la prouver, quant à sa durée, quant à ses effets, et, enfin, quant à la manière de l'acquérir. Quelles différences y a-t-il entre la *mitoyenneté* et l'*indivision* ordinaire?

1° *Quant à la manière de la prouver*... Nous trouverons, en effet, dans les articles 653 et 654, un systèmo de preuve adapté tout spécialement à la mitoyenneté.

2° *Quant à sa durée*... L'indivision ordinaire constitue, dans la propriété, une incertitude pleine de dangers et d'inconvénients: il importe donc de la faire cesser au plus vite. De là, ce principe, consacré par l'article 815 : *Personne n'est tenu de rester dans l'indivision.* Ainsi, lorsqu'une chose appartient indivisément à deux personnes, chacune d'elles a le droit de faire cesser l'indivision en demandant le partage de la chose commune. — La mitoyenneté, au contraire, est en quelque sorte d'ordre public, tant est grande son utilité : lors donc qu'elle existe, aucun des copropriétaires n'a le droit de la faire cesser par un partage auquel son copropriétaire ne veut pas souscrire. Celui des deux auquel pèse cette indivision n'a qu'un moyen d'en sortir, *l'abandon du droit indivis qu'il a dans la chose commune* (art. 656).

3° *Quant à ses effets*... Lorsqu'une chose ordinaire est indivise entre deux personnes, chacune d'elles a bien le droit d'en user; mais il ne lui est point permis d'y *faire des innovations* sans le consentement de son copropriétaire. A chacune d'elles appartient un droit de *veto*, qui paralyse les actes par lesquels l'autre voudrait apporter quelque changement à la chose commune. Ainsi, lorsqu'une maison appartient par indivis à plusieurs, l'un des propriétaires ne pourrait point l'exhausser sans le consentement des autres. — Ce droit d'innovation existe, au contraire, en matière de mitoyenneté, puisque chacun de ceux entre lesquels une chose est mitoyenne peut, du moins en général, en tirer, même en la modifiant, tous les avantages qu'elle peut procurer, sous la seule condition de ne pas nuire au droit de son copropriétaire.

De là, le droit qu'il a de faire bâtir contre le mur mitoyen, d'y faire placer des poutres et des solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres près; de là encore la faculté de le faire exhausser, lorsque l'exhaussement peut lui procurer quelque utilité (art. 657 et 658).

Art. 661.

Le propriétaire d'un héritage voisin d'un mur peut-il en acquérir la mitoyenneté nonobstant le refus du propriétaire ?

Pourquoi lui a-t-on accordé ce droit?

4° *Quant à la manière de l'acquérir*... En principe, nul ne peut être contraint de céder sa propriété, en tout ou en partie, si ce n'est *pour cause d'utilité publique* (art. 545); mais une exception a été admise en faveur de la mitoyenneté. Lorsqu'un propriétaire a bâti seul, et sans le concours de son voisin, un mur séparatif de leurs propriétés, le propriétaire qui n'a point concouru à la construction du mur peut, même sans le consentement de celui qui l'a construit, en acquérir la mitoyenneté, mais à charge d'indemnité. La propriété est ici sacrifiée dans un intérêt particulier; mais ce sacrifice est si peu onéreux pour celui qui le subit, et si utile à celui qui en bénéficie, qu'on n'a pas dû hésiter à l'admettre. On évite ainsi la construction des murs inutiles et la perte de terrain qu'ils auraient occasionnée.

Cette faculté n'appartient-elle qu'au propriétaire d'un héritage joignant *immédiatement* le mur?

1716. — Cette faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur n'est attribuée qu'au propriétaire *joignant ce mur*. Toutefois, il ne faut pas entendre cette condition dans un sens trop rigoureux. Autrement, rien ne serait plus facile au constructeur d'un mur que d'enlever à son voisin le droit que lui confère la loi : il lui suffirait pour cela de laisser entre son mur et l'héritage de son voisin une petite parcelle de terrain. Cette parcelle de terrain qui longe ou qui contourne le mur n'est pas à considérer; c'est presque rien, et, en droit, presque rien est regardé comme rien. On ne doit tenir compte de l'espace entre le mur et la propriété voisine qu'autant qu'il est assez considérable pour que le propriétaire auquel il appartient puisse en retirer quelque utilité (1).

(1) En ce sens, Delv., t. I, p. 166; MM. Val., à son cours; Marc., sur l'art. 661; Demol., t. I, n° 354; Laurent, t. VII, n° 507.

M. Duranton soutient, au contraire, que la faculté d'acquérir la mitoyenneté n'a lieu qu'autant que celui qui veut l'exercer joint le mur *immédiatement*.

1717. — On peut acquérir la mitoyenneté soit du mur en son entier, soit d'une partie seulement de sa hauteur ou de sa longueur ou même de sa largeur.

Peut-on n'acquérir qu'une partie du mur?

1718. — Le prix de l'indemnité se compose : 1° de la moitié de la valeur du terrain sur lequel le mur est construit; 2° de la moitié de la valeur *actuelle* du mur ou de la partie du mur dont on acquiert la mitoyenneté. — Remarquez que la moitié de la valeur du terrain est due, même au cas où l'acquisition de la mitoyenneté n'a eu pour objet qu'*une partie du mur*.

Comment est réglé le prix de l'indemnité que doit payer le propriétaire qui acquiert la mitoyenneté d'un mur?

Art. 663.

1719. — Une disposition analogue à celle que nous venons d'expliquer, et qui en est comme le pendant, établit que : « *dans les villes et faubourgs,* chacun *peut contraindre* son voisin à contribuer aux constructions (et réparations) des murs formant la séparation de leurs maisons, cours, jardins, assis ès-dites villes et faubourgs. »

Un propriétaire peut-il *contraindre* son voisin à contribuer à la construction et à la réparation des murs formant la séparation de leurs maisons, cours et jardins?

Cette mesure contribue à la régularité et à l'embellissement des villes. Elle procure, en outre, aux habitants la sûreté de leurs biens et de leurs personnes, malgré l'insouciance ou la mauvaise volonté de quelques voisins, et sans perte de terrain. Elle ne porte d'ailleurs aucun préjudice réel aux propriétaires récalcitrants, puisqu'en définitive la clôture à laquelle on les force de contribuer augmente réellement la valeur de leurs héritages.

Sur quel motif est fondée cette obligation?

1720. — La hauteur de la clôture est fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus.

Quelle doit être la hauteur des murs de séparation?

A défaut d'usages et de règlements, elle doit être, suivant que la ville où le mur est construit, a plus ou moins de 50,000 habitants, de *dix* ou de *huit* pieds au moins, y compris le chaperon. — Remarquez, au reste, que la loi ne fixe la hauteur de la clôture que pour le cas où les deux propriétaires ne sont point d'accord sur ce point ; dans le cas contraire, ils peuvent donner au mur l'élévation qu'il leur plaît.

Dans les campagnes, nul ne peut être contraint de se clore. La nécessité de clôtures ne s'y fait pas sentir aussi impérieusement que dans les villes et faubourgs, où la sécurité publique et privée est vivement intéressée à leur établissement. On a considéré, d'ailleurs, que dans les campagnes la construction d'un mur n'augmente pas ou n'augmente que très peu la valeur des héritages, et qu'ainsi on ne pouvait pas sans injustice forcer les propriétaires à construire des clôtures qui, fort utiles peut-être au voisin qui en exigerait la construction, ne leur procureraient à eux aucune utilité réelle.

Pourquoi les murs de séparation ne sont-ils pas obligatoires dans les *campagnes*?

1721. — Il n'est pas toujours facile de distinguer les villes et faubourgs des campagnes. Où s'arrête la ville, où le faubourg?

Comment distinguer les *villes* et *faubourgs* des *campagnes*?

Conf. MM. Duverg., *sur Toull.*, t. III, n° 193; Dem., t. II, n° 515 *bis*, V; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 661; Aubry et Rau, t. II, § 222, note 50. — La Cour de cassation s'est aussi prononcée en ce sens par un arrêt de cassation, du 26 mars 1862 (Sir., 62, 1, 473).

Où commence la *campagne* ? La loi ne nous donne aucune règle sur ce point. Les actes administratifs, s'il en existe, font autorité à cet égard. Dans le cas contraire, la question est jugée en fait par les tribunaux (voy. l'explic. de l'art. 974).

Où ont été puisées les règles qui régissent la mitoyenneté?

1722. — II. De l'origine des règles de la mitoyenneté. — Le droit romain ne pouvait pas, en cette matière, comme dans les autres parties de notre législation, servir de guide et de modèle. Tout le monde sait, en effet, qu'à Rome les maisons, construites en général *isolément et sans contiguïté* (d'où était venu le nom d'*insulæ* qu'on leur donnait), ne présentaient pas, à proprement parler, de murs mitoyens. C'est plus tard, et sur notre sol, qu'est née la mitoyenneté. Les règles qui la régissent ont été, pour la plupart, empruntées à notre droit coutumier, et notamment à la Coutume de Paris.

Dans quels cas un mur est-il mitoyen?

1723. — III. Dans quels cas un mur est mitoyen. — Un mur est mitoyen :

1° Lorsque deux propriétaires voisins se sont volontairement réunis pour le construire à frais communs, et sur la ligne séparative de leurs héritages;

2° Lorsque, dans une ville ou faubourg, l'un des propriétaires voisins a contraint l'autre à la construction d'un mur de séparation, conformément à l'article 663;

3° Lorsque, le mur ayant été construit par un propriétaire, à ses frais et sur son terrain, le voisin en a acquis la mitoyenneté, en payant la moitié de la valeur tant de la maçonnerie que du terrain qui le supporte (voy. la *Form.* 216).

Art. 653 et 654.

Comment se prouve la mitoyenneté ?

1724. — IV. Des preuves de la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté. — La mitoyenneté ou la non-mitoyenneté n'est point douteuse, lorsqu'il existe un titre, c'est-à-dire un acte, sous seing privé ou authentique, qui la constate. Mais il arrive souvent qu'un mur existe entre deux propriétaires voisins auxquels il sert de séparation, sans que ni l'un ni l'autre soit muni d'un titre duquel on puisse tirer la preuve de la mitoyenneté ou de la non-mitoyenneté de ce mur. Comment alors résoudre la difficulté ? La loi l'a résolue, au moyen de certaines présomptions. Elle s'est attachée à certains signes, desquels elle a, par induction, tiré la preuve de la mitoyenneté ou de la non-mitoyenneté.

Quid, s'il n'existe pas de titre duquel on puisse tirer la preuve de mitoyenneté ?

Quel est le motif qui sert de fondement aux présomptions légales de mitoyenneté ?

1725. — *Présomptions légales de mitoyenneté.* — Ces présomptions reposent toutes sur cette donnée : l'auteur, le constructeur du mur est celui auquel il profite : *is fecit cui prodest*. Le mur est-il également utile aux deux propriétaires voisins : il est naturel de supposer que chacun d'eux a contribué aux frais de sa construction et fourni la moitié du sol sur lequel il est construit. Ne sert-il qu'à l'un d'eux : celui auquel il profite est alors réputé en avoir fait tous les frais. De là les présomptions suivantes.

Tout mur est réputé mitoyen :

1726. — 1° *Entre bâtiments jusqu'à l'héberge.* — *L'héberge* est la sommité du toit le moins élevé. Ainsi, le mur n'est réputé mitoyen que jusqu'au point où deux bâtiments de hauteur inégale peuvent profiter tous deux du mur commun. La partie du mur qui excède le bâtiment le plus bas appartient exclusivement au propriétaire du bâtiment le plus élevé : car, ne pouvant être utile qu'à lui, c'est lui qui est réputé en être seul l'auteur.

A quels murs s'applique la présomption de mitoyenneté ?

Qu'est-ce que l'*héberge ?*

Pourquoi le mur n'est-il réputé mitoyen que jusqu'à l'héberge ?

1727. — 2° *Entre cours et jardins.* — Ces expressions donnent lieu à une équivoque. Le mur peut, en effet, séparer ou deux cours, ou deux jardins, ou une cour et un jardin.

Les murs qui se trouvent entre une *cour* et un *jardin* sont-ils réputés mitoyens ?

Faut-il, sur cette question, distinguer si la cour et le jardin que le mur sépare sont situés à la ville ou à la campagne ?

Dans les deux premiers cas, aucune incertitude n'est possible. Les deux fonds que le mur sépare étant de même nature, le mur sert également aux propriétaires des deux fonds : il est donc présumé mitoyen.

1728. — Mais que décider dans le cas où le mur sépare une *cour* d'un *jardin ?* Quelques personnes ont, sur cette question, proposé une distinction :

Si les fonds séparés sont situés *dans une ville ou dans un faubourg,* le mur est réputé mitoyen : car, chacun des deux voisins ayant eu le droit de contraindre l'autre à la construction du mur (art. 663), il est naturel de supposer qu'il a usé de son droit, et qu'ainsi le mur a été construit à frais communs.

Que si, au contraire, la cour et le jardin que le mur sépare sont situés *à la campagne,* la présomption de mitoyenneté n'a plus lieu; le mur alors appartient exclusivement au propriétaire de la cour, par la raison qu'en général on entoure plutôt de murs une cour qu'un jardin (1).

Je n'admettrais pas cette décision. Le texte même de la loi, par la généralité de ses termes (mur entre *cours et jardins*), la repousse énergiquement. Comment supposer, d'ailleurs, que la loi ait passé sous silence un cas aussi fréquent que celui que nous étudions ? Elle nous fournit même un argument d'analogie qui est décisif. Nous verrons, en effet, tout à l'heure, que les murs qui séparent des *enclos* sont réputés mitoyens; or, la loi ne distingue point si les *enclos* séparés sont ou non de même nature : pourquoi donc distinguer lorsqu'il s'agit de *cours* et de *jardins* (2) ?

1729. — 3° *Entre enclos, même dans les champs...*, de même nature ou de natures différentes : car la loi ne distingue pas. Il suffit que les deux fonds soient enclos l'un et l'autre. Mais cette condition est essentielle. Lors donc qu'un mur sépare deux fonds dont l'un est enclos, tandis que l'autre ne l'est pas, la présomption de mitoyenneté n'a point lieu; le mur appartient en entier au propriétaire du fonds clôturé.

La présomption de mitoyenneté s'applique-t-elle aux murs qui séparent deux fonds dont l'un est *enclos*, tandis que l'autre ne l'est pas ?

(1) M. Bug., à son cours.

(2) MM. Dur., t. V, n° 304; Demol., t. I, n° 325; Dem., t. II, n°s 507 et 507 *bis*, III.

Faut-il appliquer la même décision aux murs entre *cours* et *jardins*, et dire que le mur qui les sépare n'est réputé mitoyen qu'autant que les deux fonds sont *l'un et l'autre clôturés?*

Faut-il appliquer la même décision aux murs *entre cours* et *jardins*, et dire que le mur qui les sépare n'est réputé mitoyen qu'autant que les deux fonds sont *l'un et l'autre* clôturés?

J'admets l'affirmative. La pensée de la loi me semble celle-ci : est réputé mitoyen tout mur entre cours et jardins, et même *entre enclos*..., c'est-à-dire entre deux fonds qui ne sont ni des *cours* ni des *jardins*, mais qui, *comme eux*, sont *clôturés*. Ainsi, le mur qui sépare un jardin non clôturé d'un jardin qui est entouré de clôtures de tous côtés n'est point réputé mitoyen; il est réputé appartenir exclusivement au propriétaire du jardin qui est enclos (1).

Cette décision est applicable même au cas où les deux jardins sont situés à la ville ou dans un faubourg. Il est vrai qu'on peut alors objecter que, le propriétaire du jardin clôturé ayant eu le droit d'exiger que son voisin contribue avec lui à la construction du mur qui sépare leurs jardins, il y a tout lieu de supposer qu'il a usé de son droit, et qu'ainsi le mur a été fait à frais communs, ce qui constitue la mitoyenneté. Mais cette objection repose sur une présomption qui n'est pas écrite dans la loi, que la loi même repousse. Que dit-elle, en effet? que, *dans les villes et les* CAMPAGNES, tout mur entre cours et jardins... est réputé mitoyen! la règle qu'elle pose est plus que générale dans ses termes : elle exclut formellement la distinction qu'on propose. La seule question qui puisse naître en présence de cette disposition est celle de savoir si elle est applicable aux cours et jardins *même non clôturés*. Si donc on la résout négativement, ainsi que je le fais, il faut évidemment le faire sans distinguer si les jardins sont situés *à la ville* ou s'ils sont situés *à la campagne*.

Quid, du mur qui sépare un *bâtiment* d'un fonds autre qu'un bâtiment, tel qu'un *jardin*, une *cour*?

1730. — De même, je n'appliquerais point la présomption de mitoyenneté au mur qui sépare un *bâtiment* d'une *cour* ou d'un *jardin*. La loi, en effet, ne prévoit pas ce cas : elle n'applique sa présomption de mitoyenneté qu'aux murs *entre bâtiments*, entre *cours* et *jardins*, et même entre *enclos* dans les champs. Elle ne parle point du mur entre un *bâtiment* et un fonds d'une autre nature. Le mur qui sépare *deux bâtiments* est également utile aux propriétaires voisins, ce qui donne une base toute naturelle à la présomption de mitoyenneté. Il n'en est pas de même au cas où il n'y a de bâtiment que d'*un seul côté* : comment, en effet, supposer que le propriétaire de la cour ou du jardin ait consenti à construire, à frais communs, un mur *de bâtiment*, alors qu'un mur moins épais, moins coûteux, un simple mur de clôture, en un mot, lui aurait suffi? On ne doit pas même, dans l'espèce, distinguer si le bâtiment et l'autre fonds sont situés *à la ville* ou *à la campagne* : car, à la ville même, un propriétaire ne peut pas être contraint par son voisin d'élever avec lui un mur de bâti-

(1) Delv., t. I, p. 159; Marc., sur l'art. 653. — *Contra*, Pardessus, t. I, n° 159; Dur., t. V, n° 304; MM. Demol., t. I, n° 327; Laurent, t. VII, n° 528.

ment; tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il contribue à la construction d'un simple mur de clôture, conformément à l'article 663.

Ainsi, dans l'espèce, le mur est présumé appartenir pour le tout au propriétaire du bâtiment (1).

1731. — En résumé, — 1° sont réputés mitoyens les murs qui séparent : En résumé, quels murs sont réputés mitoyens ?

Ou deux bâtiments,

Ou deux cours,

Ou deux jardins,

Ou une cour et un jardin,

Ou enfin tous autres fonds, autres que cours et jardins, mais *enclos*.

2° Le mur qui sépare un *bâtiment* d'un autre fonds, cour ou jardin, est réputé appartenir en entier au propriétaire du bâtiment.

3° Le mur qui sépare deux fonds, cours, jardins ou autres, dont l'un est clôturé, tandis que l'autre ne l'est pas, est également réputé appartenir pour le tout au propriétaire du fonds clôturé.

4° Quant au mur qui sépare deux fonds qui ne sont ni l'un ni l'autre clôturés, il faut le réputer mitoyen, non pas en vertu des présomptions de la loi, car elle ne prévoit pas ce cas, mais par cette raison toute péremptoire, qu'il n'y a pas plus de raison pour en attribuer la propriété exclusive à l'un des voisins qu'à l'autre. *Quid*, du mur qui sépare deux fonds non clôturés l'un et l'autre ?

Toutes ces décisions ont lieu sans qu'il y ait à distinguer si les fonds que le mur sépare sont situés à la ville ou à la campagne.

1732. — *Présomptions de non-mitoyenneté.* — La présomption de mitoyenneté cesse : Quand la présomption de mitoyenneté cesse-t-elle ?

1° *Lorsqu'il existe un titre où la non-mitoyenneté se trouve établie :* tel est, par exemple, le cas où l'un des voisins a fait avec l'autre un acte par lequel celui-ci a reconnu, en faveur du premier, la propriété exclusive du mur ;

2° *Lorsqu'il y a marque de non-mitoyenneté.*

1733. — Il y a marque de non-mitoyenneté : Quand y a-t-il marque de non-mitoyenneté ?

1° Lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté (c'est-à-dire lorsque la sommité du mur est verticale d'un côté) et présente de l'autre un plan incliné. Dans ce cas, le mur jette son égout d'un seul côté, du côté où se trouve le plan incliné.

2° Lorsqu'il n'y a que d'*un côté* un *chaperon* ou des *filets*. Le *chaperon* est une espèce de toit au haut du mur ; le *filet* est la

(1) MM. Dur., t. V, n° 303 ; Val. et Bug., à leurs cours ; Aubry et Rau, t. II, § 222, note 9 ; Duv., *sur Toull.*, t. III, n° 187 ; Marc., sur l'art. 653 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Dem., t. II, n° 507 *bis*, II ; Demol., t. I, n° 323.

partie du chaperon qui déborde le mur pour prévenir les dégra-dations qu'entraînerait la chute de l'eau. Lorsque le chaperon n'existe que d'un côté, le mur présente un plan incliné, comme dans le premier cas. Cette marque de non-mitoyenneté se confond donc avec la première.

3° Lors encore qu'il n'existe que d'un côté des *corbeaux* d pierre, c'est-à-dire des pierres en saillie, destinées à supporter les poutres ou solives du bâtiment que l'on construit ou que l'on construira plus tard contre le mur.

Pourquoi le mur n'est-il plus réputé mitoyen, lorsque sa sommité est droite et à plomb d'un côté, tandis qu'il présente un plan incliné de l'autre côté ? Ou lorsqu'il n'y a que d'un côté un chaperon ou des filets ?

Dans le premier et dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu le plan du mur est incliné d'un seul côté, le mur est réputé appar-tenir exclusivement au propriétaire du côté duquel se trouve l plan incliné. Si le mur n'eût pas été sa propriété exclusive, il n se fût pas chargé seul de l'égout : car l'égout est un inconvénient et d'ordinaire, lorsqu'une chose est commune, aucun des copro-priétaires ne consent à se charger seul des inconvénients qu'ell entraîne.

Pourquoi le mur n'est-il pas réputé mitoyen lorsqu'il n'existe que d'un côté des corbeaux de pierre ?

Dans le troisième cas, le mur est présumé appartenir exclusi-vement au propriétaire du côté duquel sont les corbeaux : si, e effet, le mur avait été construit à frais communs et pour être mi toyen, il est plus que probable que l'autre voisin aurait voul avoir sa part des avantages du mur, et qu'ainsi il aurait égale-ment fait placer des corbeaux de son côté.

Ces marques de non-mitoyenneté font-elles preuve dans tous les cas ?

1734. — Ces marques ne font preuve de la non-mitoyennet qu'autant qu'elles ont été placées dans le mur, au moment mêm de sa construction. Ainsi, des chaperons, filets ou corbeaux, qu y auraient été placés après coup par l'un des voisins, n'auraient au cune force probante : autrement, rien ne lui serait plus facile qu de mettre à néant les présomptions de mitoyenneté qui peuven exister au profit de son voisin. Mais, bien entendu, quoique pla-cées après coup, ces marques pourraient néanmoins faire preuv si elles avaient été construites du consentement des deux voi-sins.

L'énumération des présomptions légales de non-mitoyenneté est-elle *limitative?* Peut-on en admettre d'autres ? par exemple, la circonstance que l'un des deux fonds que le mur sépare est clos de *murs* de tous côtés, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des *haies* pour clôture, peut-elle être admise comme preuve de la non-mitoyenneté ? *Quid*, dans le cas où l'un des fonds entre lesquels se trouve le mur a, sur chacun de ses côtés, des murs neufs, bâtis à chaux et avec des pierres de

1735. — L'énumération des marques auxquelles la loi a atta-ché l'effet d'une présomption de non-mitoyenneté est-elle limita-tive? La non-mitoyenneté ne peut-elle être établie que par u titre ou par l'une ou l'autre des présomptions énoncées dans no-tre article 654?

Il faut, je crois, résoudre la question par une distinction :

Si la valeur du mur en litige ne dépasse pas 150 francs, ou s'i existe un commencement de preuve par écrit qui rende la non-mitoyenneté vraisemblable, il est alors permis de recourir au indices de toute espèce qui pourront servir à l'établir : car, dan l'un et l'autre cas, elle pourrait l'être par la preuve testimonial (art. 1341 et 1347), et tout ce qui peut être prouvé par témoin peut l'être par de simples présomptions, dont l'appréciation es laissée à la sagesse des magistrats (art. 1353).

Ainsi, lorsque deux jardins contigus et situés à la campagn

sont, l'un clos de murs de tous côtés, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des *haies* pour clôture, les juges peuvent trouver dans cette circonstance la preuve que le mur qui sépare les deux héritages appartient exclusivement au propriétaire du jardin qui est en entier clos de murs. De même, si l'un des jardins a sur chacun de ses côtés des murs neufs, bâtis à chaux et avec des pierres de taille, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des murs vieux et sans valeur, le mur de séparation pourra être attribué au propriétaire du jardin dont tous les murs sont semblables.

taille, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des murs vieux ou sans valeur ?

1736. — Lors, au contraire, que la valeur du mur est de plus de 150 francs et qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, ou, plus généralement, lorsque la preuve testimoniale ne serait pas admissible pour établir la non-mitoyenneté, les seules présomptions qui puissent alors être invoquées pour en faire la preuve sont celles qui sont écrites dans la loi (1) ; sauf pourtant la présomption résultant de la possession exclusive du mur : car cette présomption, étant de droit commun, s'applique dans toutes les questions de propriété (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 670).

Art. 655.

Quelles sont les charges de la mitoyenneté ?

Qui les supporte ?

1737. — V. Des charges de la mitoyenneté. — Ces charges sont relatives à la réparation et à la reconstruction du mur. Elles sont supportées par tous ceux entre lesquels le mur est mitoyen, et proportionnellement au droit de chacun.

Art. 656.

Peut-on s'en affranchir ? Par quel moyen ? Pourquoi le peut-on ?

Toutefois, comme ils ne sont tenus que *propter rem* et *occasione rei*, c'est-à-dire à cause du droit de copropriété qu'ils ont dans le mur, et qu'on est toujours maître de renoncer à son droit, chacun d'eux peut s'affranchir de son obligation, en abandonnant le droit qu'il a dans le mur et dans le sol qui le supporte (voy. la *Form.* 213).

Quid, si le voisin auquel le mur a été abandonné ne le réta-

Mais remarquez : 1° que, si le voisin auquel le mur a été abandonné ne le rétablit point en bon état, l'abandon sera alors consi-

(1) Suivant MM. Dur. (t. V, n° 310), Pardessus (t. I, n° 162), Aubry et Rau (t. II, § 222, note 18), Marc. (sur l'art. 654), les juges ne peuvent, *en aucun cas*, admettre d'autres marques de non-mitoyenneté que celles qu'indique notre art. 654. Voy. aussi M. Laurent, t. VII, n° 536.

A l'inverse, Dem. (t. II, n° 508 *bis*, IV) et M. Demol. (t. I, n° 341) pensent que l'énumération que contient cet article n'est jamais limitative. Toutefois, les juges ne peuvent admettre que des marques de non-mitoyenneté *résultant de l'état matériel du mur*. « L'art. 654, qui indique certaines marques de non-mitoyenneté, n'est point, disent-ils, exclusif. Il ne porte pas, en effet, qu'il n'y aura de marques de non-mitoyenneté que celles qu'il énonce : donc tout indice résultant de l'état matériel du mur, propre à établir la non-mitoyenneté, peut être admis comme preuve. » — Ce raisonnement ne m'a pas paru bon. La loi n'avait pas besoin, pour exclure toute autre présomption, de dire expressément que celles qu'elle énumère seront les seules admissibles : car la preuve par présomptions est une preuve *exceptionnelle*, qui, à ce titre, ne s'applique jamais qu'aux cas pour lesquels elle a été *spécialement* organisée (art. 1350).

blit point en bon état? Le voisin qui l'a abandonné pourra-t-il, plus tard, recouvrer la mitoyenneté? Par quel moyen?

déré comme non avenu : car le propriétaire qui l'a fait n'a renoncé à son droit que sous la condition que le mur serait effectivement réparé (1);

2° Que le voisin qui a abandonné le droit qu'il avait sur le mur pourra plus tard, s'il le juge à propos, le recouvrer, en usant de la faculté que l'article 661 accorde à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté à charge d'indemnité.

La faculté de se soustraire, par l'abandon de la mitoyenneté, aux charges qu'elle entraîne, souffre-t-elle des exceptions?

1738. — La faculté de se soustraire, par l'abandon de la mitoyenneté, aux charges qu'elle entraîne, cesse :

1° Lorsque le mur soutient un bâtiment appartenant au propriétaire qui refuse de contribuer aux réparations du mur (2) : l'abandon qu'il offrirait de faire pour se décharger de son obligation ne serait, en effet, que fictif, puisque le mur abandonné continuerait d'avoir pour lui toute l'utilité qu'il en retire actuellement;

2° Lorsque les dégradations proviennent du fait d'un des propriétaires. Dans ce cas, le propriétaire qui est en faute doit supporter seul toute la dépense; et, comme alors il est tenu, non plus *propter rem,* mais par suite du quasi-délit qu'il a commis, il ne lui est point permis de s'affranchir de son obligation par l'abandon de son droit.

S'applique-t-elle même au cas où il s'agit d'un mur *situé à la ville* ou *dans un faubourg?*

1739. — Ici se place une question qui est fort débattue : la faculté de s'affranchir, par l'abandon de son droit, des obligations qu'entraîne la mitoyenneté, s'applique-t-elle *même au cas où il s'agit d'un mur situé à la ville ou dans un faubourg?* Les Coutumes de Paris et d'Orléans ne l'appliquaient qu'aux murs situés *à la campagne.* Pothier donne la raison de cette distinction. Dans les villes et faubourgs, où la clôture est forcée, « le voisin ne peut point, dit-il, s'exempter des charges de la mitoyenneté en offrant d'abandonner sa part du mur et de la terre sur laquelle il est assis : *car il pourrait être contraint d'en faire un neuf, s'il n'y en avait point.* A la campagne, *où cette raison n'existe point,* le voisin peut s'exempter de la réfection du mur, en abandonnant sa part (3) ».

Cette distinction a-t-elle été écartée ou maintenue par le Code?

1740. — Premier système. — L'article 656, qui pose le principe qu'on peut, par l'abandon de son droit, s'affranchir des charges de la mitoyenneté, n'y fait qu'une seule exception; cette exception est relative au cas où le mur que l'on voudrait abandonner soutient un bâtiment appartenant au voisin qui veut faire cet abandon. En dehors de cette restriction, la disposition de la loi est absolue : elle embrasse tous les cas possibles, aussi bien le cas où le mur est situé dans un lieu où la clôture est forcée, que celui où le mur se trouve dans un lieu où la clôture est libre. Tout l'in-

(1) C'est ce que disait déjà Pothier : *Du contrat de société*, n° 221.

(2) Ce cas est expressément prévu par l'art. 656 *in fine.*

(3) *Cout. d'Orl.*, art. 284; *Du Contrat de société,* premier appendice, art. 5, § 3

dique : la généralité des termes mêmes de notre article d'abord, puis sa relation avec les articles qui précèdent, et où il est traité tant des murs des *villes* que des murs des *campagnes*. La discussion à laquelle a donné lieu, au Conseil d'État, la rédaction de l'article 663 lève d'ailleurs tous les doutes : M. Berlier ayant proposé d'exprimer dans cet article la faculté, pour le propriétaire mis en demeure de se clore, de se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur doit être construit, M. Tronchet répondit qu'il n'était pas nécessaire de l'écrire dans l'article 663, *attendu qu'elle se trouvait dans l'article* 656.

Ainsi, dans les villes et faubourgs, le propriétaire mis en demeure d'élever un mur de clôture, ou de réparer celui qui existe, peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant, dans le premier cas, la moitié du terrain nécessaire pour l'établissement du mur; dans le second, le droit qu'il a dans le mur et dans le sol qui le supporte (1).

1741. — Deuxième système. — La faculté d'abandon consacrée par l'article 656 ne s'applique qu'*aux murs de campagne*. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un héritage situé à la ville ou dans un faubourg est mis en demeure par un voisin d'élever un mur de séparation ou de réparer celui qui existe déjà, il ne peut s'exempter de cette charge en abandonnant la moitié de l'emplacement ou le droit de mitoyenneté.

Dans les campagnes, cette faculté d'abandon se conçoit. L'obligation de réparer le mur a son principe, *sa cause unique, dans la mitoyenneté même :* l'abandon de la mitoyenneté fait donc disparaître cette obligation : car, *cessante causâ, cessat effectus*. Dans les villes et faubourgs, au contraire, l'obligation d'établir des murs de clôture ou de réparer ceux qui existent a pour cause l'*état de vicinité ;* or, l'abandon de la moitié de l'emplacement du mur ou de la mitoyenneté ne fait point disparaître *cet état de voisinage :* dès lors, comment pourrait-il faire cesser l'obligation que cet état entraîne? Pour s'y soustraire, il faudrait *tout abandonner, l'héritage en son entier :* car, tant que le propriétaire qui veut s'affranchir de son obligation reste propriétaire d'une parcelle de terrain, il continue par là même d'être *voisin*, ce qui perpétue son obligation.

Mais, dit-on, la règle posée dans l'article 656 est générale! Sans doute! mais je réponds que le cas prévu par cet article et celui de l'article 663 sont bien différents, et qu'ainsi le premier n'a et ne peut avoir aucune influence sur le second. Le premier (l'art. 656) impose l'obligation de réparer, d'entretenir le mur mitoyen, *tant qu'il existe;* le second (l'art. 663) crée une

(1) MM. Toull., t. III, n° 218; Aubry et Rau, § 222, note 29; Marc., sur l'art. 663. — La Cour de cassation a toujours statué en ce sens. Voy. notamment l'arrêt du 7 novembre 1864 (Sir., 64, 1, 506).

obligation bien différente : il impose à chacun des deux voisins interpellé à cet effet par l'autre, l'obligation d'avoir *à perpétuit* entre eux un mur de clôture. L'obligation de réparer ce mu lorsqu'il existe, n'est qu'une conséquence de cette obligation q est la principale : elle est, par conséquent, *perpétuelle* comme ell

Quant à la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, on n peut rien en conclure de bien positif : car, s'il est vrai que M. Tro chet a reconnu que l'article 663 était modifié par le principe co sacré dans l'article 656, il est également vrai que cette observa tion n'a été faite qu'incidemment et par M. Tronchet seulemen on n'en trouve aucune trace ni dans les discussions qui suiviren ni surtout dans la rédaction définitive de l'article 663. L'observ tion de M. Tronchet aurait assurément beaucoup de valeur, elle concordait avec l'ancienne pratique de notre pays et avec logique des principes; mais tout y est contraire, et l'autorité l'histoire, et la rédaction de l'article 663, et la logique du b sens. Comment, en effet, comprendre un système dans lequel loi *contraindrait,* d'une part, le voisin à contribuer aux constru tions et réparations des murs qui doivent servir de clôture co mune, et lui permettrait, d'autre part, d'échapper à cette néce sité par le modique abandon de la moitié du sol (1)?

Art. 657, 658 et 662.

Quels sont les droits que confère la mitoyenneté ?

1742. — VI. Des droits que confère la mitoyenneté. — La divise en trois classes les travaux que chacun des propriétair peut faire sur ou contre un mur mitoyen. Elle distingue, en effe

1° Les travaux que chacun des propriétaires peut faire, *mê à l'insu de l'autre,* et sans qu'il soit besoin, par conséquent, lui demander préalablement son consentement (art. 657 et 65

2° Ceux qu'il n'a le droit de faire qu'après avoir obtenu le co sentement de son copropriétaire, ou, sur son refus, un règlem d'experts (art. 662).

3° Ceux enfin pour lesquels le consentement de son voisin indispensable (art. 675).

Quels sont les travaux que chaque voisin peut, de sa propre autorité, et sans prendre l'avis préalable de son copropriétaire, faire dans le mur mitoyen ?

1° *Des travaux que chacun des deux voisins peut faire même l'insu de son copropriétaire, et, par conséquent, sans qu'il soit b soin de lui demander préalablement son consentement.* — T propriétaire peut, sans qu'il ait besoin d'en prévenir son voisi

Faire bâtir contre le mur mitoyen;

Y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur mur, à 54 millimètres près, sans préjudice du droit qu'a le v sin de faire réduire *à l'ébauchoir* (2) la poutre jusqu'à la moi du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des pout

(1) Delv., t. I, p. 161; Pardessus, n° 168; Dur., t. V, n° 319; Val. et Bu à leurs cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art 663; Dem., t. II, n° 517 *bis,* MM. Demol., t. I, n° 379; Laurent, t. VII, n° 502.

(2) On appelle *ébauchoir* un fort ciseau, au moyen duquel les charpenti peuvent enlever des portions de poutres sans les déplacer.

dans le même lieu ou y adosser une cheminée (voy. toutefois l'art. 674);

Faire exhausser le mur dont il veut se servir pour y adosser une construction ou tout autre ouvrage. Mais, bien entendu, il doit :

Art. 658 à 660.

A quelles condition est subordonné l'exercice du droit de faire exhausser le mur?

D'une part, faire seul la dépense de l'exhaussement, car il acquiert seul la partie exhaussée; d'autre part, prendre à sa charge exclusive les réparations de cette partie du mur : car, à partir du point où commence l'exhaussement, le mur cesse d'être mitoyen.

Et, comme la *surcharge* provenant de l'exhaussement sera, pour la partie restée mitoyenne, une cause de réparations plus fréquentes et peut-être de ruine plus prompte, il devra, en outre, payer à son voisin une indemnité pour ce préjudice. Cette indemnité est déterminée *en raison de l'exhaussement et suivant la valeur* (voy. la *Form.* 214).

« Suivant *la valeur...* » c'est-à-dire suivant la valeur de l'exhaussement. La coutume de Paris fixait l'indemnité à un sixième de la valeur de la partie exhaussée. Notre Code ayant évité de donner ainsi d'une manière invariable le tarif de l'indemnité, les experts apprécieront.

1743. — En résumé, le propriétaire qui fait exhausser le mur doit payer : 1° la dépense de l'exhaussement ; 2° les frais de l'entretien ultérieur de la partie exhaussée; 3° une indemnité de surcharge.

1744. — Lorsque le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, le propriétaire qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et, s'il est nécessaire de donner au nouveau mur une base plus large, prendre de son côté l'excédent d'épaisseur. Mais remarquez qu'il ne doit alors à son voisin aucune indemnité de surcharge (art. 658 et 659 comb.).

Quid, lorsque le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement?

Dans ce cas, le voisin qui l'exhausse doit-il l'indemnité de surcharge?

Doit-il à son voisin un dédommagement pour la gêne momentanée et les embarras de toute espèce que lui ont causés la démolition et la reconstruction du mur?

Il ne lui doit même aucun dédommagement pour la gêne momentanée et les embarras de toute espèce que lui ont causés la démolition et la reconstruction du mur. Si prolongés qu'aient été ces inconvénients et si grand qu'ait été le préjudice qui en a été la suite, il n'a aucune indemnité à payer. Ainsi, supposons que son voisin ait un café adossé au mur : les travaux de démolition et de reconstruction ont pu rendre cet établissement inabordable pendant plusieurs mois et le désachalander. Il y a une perte considérable. Cependant le voisin qui la subit n'a droit à aucun dédommagement. En exhaussant le mur, son voisin a usé d'un droit que lui confère la loi; or, *qui jure suo utitur neminem lædit.* L'exercice de son droit d'exhaussement n'a pu être rendu plus onéreux par cette circonstance, étrangère à la mitoyenneté, que son voisin exerçait l'état de cafetier.

1745. — Toutefois, cette théorie a besoin d'un tempérament. Le voisin peut subir, par suite de l'exhaussement, deux sortes de dommages. Les uns consistent dans la privation momentanée de

certains droits ou avantages étrangers à la mitoyenneté; les autres proviennent, au contraire, des atteintes portées aux droits que la mitoyenneté confère. Quant aux premiers, il doit les subir sans indemnité. Il en est différemment des seconds. Ainsi, il peut exiger le rétablissement des treillages, berceaux, cheminées, peintures, ornements et autres objets, adossés au mur de son côté et qu'on a été obligé de détruire ou de détériorer pour construire le mur afin de l'exhausser. Il avait, en effet, le droit d'y adosser ces objets: c'était un attribut de la mitoyenneté elle-même; son copropriétaire n'a pas pu le lui ravir (1).

1746. — Au reste, si le voisin d'un mur exhaussé est obligé de subir la gêne et les embarras que peuvent causer la démolition et la reconstruction, le nouvel état du mur lui apporte une espèce de compensation : il profite, en effet, et sans bourse délier, des dépenses qui ont été faites, puisqu'au lieu d'avoir la mitoyenneté d'un vieux mur il a maintenant la mitoyenneté d'un mur neuf et mieux établi que l'ancien.

Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut-il en acquérir la mitoyenneté? A quelle condition?

Quelle différence y a-t-il entre l'indemnité qu'il doit payer dans ce cas, et l'indemnité qu'on doit payer lorsqu'on acquiert la mitoyenneté d'un mur sur lequel on n'a aucun droit?

1747. — Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, en payant une indemnité (voy. la *Form*. 215).

Lorsque le propriétaire joignant un mur sur lequel il n'a aucun droit, veut en acquérir la mitoyenneté, il le peut en payant la moitié de la valeur du sol sur lequel il est établi, et la moitié de sa *valeur au moment de l'expropriation* (art. 661). Ainsi, on ne considère pas *ce qu'il a coûté*, mais *ce qu'il vaut*.

Il n'en est plus de même dans notre espèce. Le voisin qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement doit payer la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a, et la *moitié de la dépense qu'a coûtée l'exhaussement* (art. 660). Ainsi, on considère, non pas *ce que vaut* l'exhaussement, mais *ce qu'il a coûté*.

1748. — Il y a donc entre ces deux cas une différence marquée. Le plus souvent, en effet, surtout lorsqu'il s'est écoulé quelque temps depuis la construction du mur, sa *valeur* est bien au-dessous de la *dépense* qu'il a fallu faire pour le construire. Le propriétaire qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement du mur dont il est déjà propriétaire mitoyen pour partie, est donc

(1) *Quid*, pourtant, si les peintures ou autres ornements faits sur le mur sont d'un si grand prix, que la condition de les payer rende impossible l'exercice du droit d'exhaussement? Dans ce cas, le propriétaire pourrait exhausser, sans être obligé de reproduire sur le nouveau mur les mêmes peintures ou ornements ; il lui suffirait de payer une indemnité qui serait réglée d'après les circonstances et conformément aux principes de l'équité naturelle. Autrement, l'un des voisins pourrait, en faisant sur le mur des travaux d'un très grand prix, enlever à l'autre son droit d'exhaussement, tant il le rendrait onéreux. Chacun d'eux a bien le droit de se servir du mur, mais c'est sous la condition d'en user de telle manière qu'il ne paralyse point le droit de l'autre.

traité moins favorablement que celui qui veut acquérir la mitoyenneté d'un mur sur lequel il n'a actuellement aucun droit.

D'où vient cette différence? La loi, a-t-on dit, a probablement voulu par là engager le voisin à s'entendre avec son copropriétaire pour l'exhaussement. Elle a voulu surtout empêcher la spéculation d'un propriétaire qui, ayant besoin de l'exhaussement, le laisserait faire par son voisin, afin d'en acquérir ensuite *et immédiatement après sa construction,* la mitoyenneté à vil prix.

Quelle est la raison de cette différence?

Aussi pensons-nous que, si l'exhaussement était *ancien,* la mitoyenneté pourrait en être acquise moyennant la moitié, non plus de ce qu'il a coûté, mais de sa valeur actuelle (1).

Art. 662.

1749. — 2° *Des travaux que chacun des propriétaires du mur mitoyen ne peut y faire que du consentement de l'autre;* ou, *sur son refus, d'après un règlement d'experts.* — « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen, *aucun enfoncement,* ni y *appliquer* ou *appuyer aucun ouvrage,* sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. » Ces moyens varient suivant l'espèce d'ouvrage qu'on se propose de faire (voy., à ce sujet, l'art. 674).

Quels sont les travaux que chacun des voisins ne peut faire dans le mur mitoyen que du consentement de l'autre ou, sur son refus, d'après un reglement d'experts?

Cette disposition est-elle en contradiction avec les art. 657 et 658?

Cette disposition semble être en contradiction avec les articles 657 et 658. Ces articles, en effet, confèrent aux deux voisins le droit *de construire contre le mur, d'y appuyer des poutres,* et même de le *faire exhausser* pour s'en servir; il n'y est nullement parlé de la nécessité d'obtenir, à cet effet, le *consentement de l'autre voisin,* ou, sur son refus, un règlement d'experts. L'article 662, que nous expliquons, porte, au contraire, que l'un des voisins ne peut, sans ce consentement ou sans ce règlement, pratiquer dans le corps du mur *aucun enfoncement,* ni y *appliquer* ou *appuyer aucun ouvrage.* Ces expressions, *pratiquer aucun enfoncement, appliquer* ou *appuyer aucun ouvrage,* semblent avoir un sens absolu, et, par conséquent, applicable aux ouvrages prévus par les articles 657 et 658. N'est-ce pas, en effet, *appuyer, appliquer un ouvrage* sur ou contre que de *bâtir contre,* que d'y *placer des poutres* ou des solives?

La plupart des auteurs l'ont ainsi pensé. La règle posée dans l'article 662 est générale, disent-ils, et, comme telle, *commune à tous les travaux qui se rattachent à un mur mitoyen* (2).

1750. — Cette interprétation ne m'a pas semblé juste. Si je ne me trompe, chacune de ces deux dispositions a son hypothèse particulière.

L'article 657 a pour objet les *constructions* que l'un des voisins veut élever contre le mur, ou l'établissement des poutres qu'il

(1) C'est l'opinion générale. Voy. cependant M. Laurent, t. VII, n° 564.

(2) Delv., t. I, p. 162; Pardessus, t. I, n°s 178 et 181; MM. Aubry et Rau, t. II, § 222, note 32; Bug., à son cours; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 662; Marc., sur l'art. 662; Dem., t. II, n° 516 *bis*; Demol., t. I, n° 416.

veut y placer. Ces travaux sont de telle nature qu'ils ne peuvent en aucune façon nuire au mur : au lieu de l'affaiblir, ils ne font que le consolider. Dès lors, à quoi bon la nécessité d'un consentement préalable de l'autre voisin ou d'un règlement d'experts ?

Quant à l'*exhaussement*, la loi a pris soin de prescrire elle-même les mesures propres à sauvegarder le droit et l'intérêt du voisin ; ce règlement légal suffit donc ! Dès lors, point n'est besoin de s'assurer préalablement du consentement du voisin ou de recourir à l'avis des experts !

Viennent ensuite, après ces cas spéciaux, les autres travaux de toute espèce. La loi, ne pouvant point les réglementer elle-même (il eût fallu entrer à cet égard dans des détails trop minutieux), a préféré sauvegarder l'intérêt de chacun des voisins par l'obligation qu'elle impose à chacun d'eux de ne rien faire sur, dans ou contre le mur, sans obtenir le consentement de l'autre ou, à défaut de ce consentement, sans un règlement d'experts (1).

Quels sont les travaux pour lesquels le consentement du voisin est indispensable?

1751. — 3° *Des travaux pour lesquels le consentement du voisin est indispensable.* — L'un des voisins ne peut, *sans le consentement de l'autre,* pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. Ici le consentement du voisin est de rigueur ; il ne peut pas être suppléé par un règlement d'experts (voy. l'explic. des art. 675 et suiv.)

§ II. *Du cas où les divers étages d'une maison appartiennent divisément à plusieurs personnes.*

Art. 664.

Comment la loi règle-t-elle le cas où le rez-de-chaussée et les différents étages d'une maison appartiennent séparément à plusieurs personnes ?

1752. — Il se peut qu'un testateur lègue à Paul le rez-de-chaussée de sa maison, à Pierre le premier étage, à Jacques le second, ou encore que plusieurs cohéritiers partagent dans le même sens la maison dont ils ont la propriété indivise.

Dans ce cas, chacun des ayants droit a la propriété exclusive de l'étage qui lui a été attribué ; sont, au contraire, communs entre les propriétaires du rez-de-chaussée et des différents étages de l'édifice, ses gros murs, le toit, et toutes les autres parties qui servant à sa solidité ou à sa commodité, comme les digues, le puits, la fosse d'aisance et l'allée, sont d'une utilité commune.

Quoique l'hypothèse que je viens de prévoir ne se présente que fort rarement dans la pratique, le Code, à l'exemple de la coutume d'Orléans, a pris soin de la régler.

Si le titre détermine le mode des réparations et reconstructions, ce règlement fait loi entre les parties.

A défaut de ce règlement, les parties contribuent aux réparations et reconstructions ainsi qu'il suit :

(1) MM. Dur., t. V, n° 335 ; Val., à son cours ; Laurent, t. VII, n° 554. — Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation, le 18 avril 186[illegible] (Sir., 66, 1, 430).

« Les gros murs, le *toit* (ajoutons : et tout ce qui sert à la solidité de l'édifice entier ou aux besoins communs des copropriétaires, les digues, terrasses, puits et fosses d'aisance) sont à la charge de tous les propriétaires, qui y contribuent chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

« Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. » Mais c'est à celui qui se trouve au-dessous à faire le plafond, s'il lui convient d'en avoir un.

« Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. » — Cette dernière disposition ne paraîtra pas entièrement conforme à l'équité, si l'on considère qu'elle met à la charge exclusive du premier étage les frais d'un escalier qui n'est pas réservé à son usage particulier, mais qui sert aux propriétaires des étages supérieurs. La loi a préféré cet inconvénient à ceux qui seraient résultés des calculs compliqués qu'il aurait fallu faire pour déterminer avec une juste précision la contribution proportionnelle afférente à chacun des copropriétaires.

Quid, si cette maison vient à être détruite par quelque accident?

1753. — Si la maison vient à être incendiée ou détruite par accident, le sol appartient en commun à chacun des propriétaires, proportionnellement à la valeur respective des étages que chacun d'eux avait dans la maison. Ils peuvent alors s'entendre à l'effet de la rebâtir, auquel cas chacun d'eux contribuera aux frais de construction suivant la proportion qui a été ci-dessus indiquée.

S'ils ne sont point d'accord pour bâtir, le sol étant indivis entre eux, chacun d'eux a le droit de faire cesser l'indivision, soit par un partage en nature, soit par la *licitation* (voy., sous l'art. 1686, l'explic. du mot *licitation*).

Art. 665.

Qu'arrive-t-il lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison?

1754. — « Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise » (art. 703, 704, 706 et 707).

§ III. *De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des fossés.*

Art. 666 à 669.

1755. — « Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire. »

A qui sont réputés appartenir les fossés qui séparent deux héritages?

La loi ne présume-t-elle pas la mitoyenneté des fossés plus facilement que celle des haies?

Quelle est la raison de cette différence?

« Tous *fossés*... » Ainsi, peu importe leur destination : qu'ils soient destinés à faciliter l'écoulement des eaux, qu'ils servent de clôture ou qu'ils bornent des héritages, dans tous les cas la loi les présume mitoyens.

« Entre deux héritages ... » clos ou non clos, car la loi ne distingue pas. Elle présume donc plus facilement leur mitoyenneté que celle des murs et haies. Les murs de séparation et les haies ne sont, en effet, réputés mitoyens qu'entre *enclos* (art. 653 et 670).

Un fossé, au contraire, est réputé mitoyen alors même que l'un des héritages entre lesquels il se trouve a des fossés sur ses quatre côtés, tandis que l'autre présente trois de ses côtés sans fossés. Cette différence s'explique. Un objet placé entre deux propriétaires est présumé mitoyen lorsqu'il est *également utile* à chacun d'eux. Or, les murs et les haies ne peuvent être également utiles aux voisins qu'ils séparent qu'autant que leurs héritages sont l'un et l'autre enclos ; tandis que les fossés, qui, dans tous les cas, peuvent servir à l'écoulement des eaux, profitent tout aussi bien aux héritages non enclos qu'aux héritages enclos.

Quand la présomption de mitoyenneté des fossés cesse-t-elle? Quand y a-t-il *marque de non-mitoyenneté?* Dans ce cas, à qui le fossé est-il réputé appartenir? Quel est le fondement de cette présomption de non-mitoyenneté?

« S'il n'y a *titre* ou *marque du contraire*... » Ajoutons : ou possession annale et exclusive du fossé par l'un des riverains (voy. les nos 1765 à 1767).

1756. — Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. Le fossé est alors censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel se trouve le rejet. C'est qu'en effet, de deux choses l'une : ou la terre rejetée est utile, et alors, si le fossé eût appartenu aux deux riverains, aucun d'eux évidemment n'eût souffert que son coriverain s'attribuât exclusivement cet avantage ; ou elle est sans valeur aucune et constitue un embarras, et alors, si le fossé eût été commun, le riverain sur le côté duquel elle se trouve n'eût évidemment pas consenti à la recevoir seul. — Il est bien entendu, au reste, que, pour que le rejet d'un seul côté fasse cesser la présomption de mitoyenneté, il faut qu'il ait existé assez longtemps pour que l'autre voisin ait pu en être instruit et réclamer : autrement, rien ne serait plus facile à l'un des riverains que de se procurer, par un rejet fait à l'insu de son voisin, la présomption d'une propriété exclusive.

Quid, lorsqu'il existe sur l'un des côtés du fossé des bornes ou une haie appartenant exclusivement, ou par mitoyenneté, à l'un des voisins?

Remarquons, en outre, que la présomption de mitoyenneté n'a plus lieu lorsqu'il existe sur lun des côtés du fossé, soit des bornes, soit une haie appartenant exclusivement ou par mitoyenneté à l'un des deux voisins. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il n'est plus vrai de dire que le fossé se trouve *entre deux* héritages, puisqu'il existe tout entier *sur l'un d'eux seulement*. Il appartient alors exclusivement au propriétaire de l'héritage sur lequel il se trouve.

A la charge de qui est l'entretien du fossé mitoyen? L'un des riverains peut-il s'affranchir de cette charge, en renonçant à son droit de mitoyenneté?

1757. — Le fossé qui est mitoyen doit être entretenu à frais communs.

L'un des riverains peut-il s'affranchir de cette obligation en renonçant à son droit de mitoyenneté? La loi, qui accorde expressément cette faculté quant aux *murs mitoyens*, ne l'a pas reproduite relativement aux *fossés*. Quelques auteurs, s'armant du silence de la loi à cet égard, ont, par un argument *a contrario*, conclu à la négative sur notre question (1).

(1) Duc., Bonn. et Roust., t. II, p. 205.

Mais l'affirmative est généralement suivie. Si, dit-on, chaque riverain est obligé de contribuer à l'entretien du fossé, ce n'est, en général, qu'en sa qualité de copropriétaire; or, il est de droit commun que celui qui n'est tenu que *propter rem* et *occasione rei* peut s'affranchir de son obligation en abandonnant le droit qu'il a sur la chose à l'occasion de laquelle il est obligé.

Il est vrai que la loi n'accorde pas expressément cette faculté au copropriétaire d'un fossé; mais son silence ne suffit pas pour exclure une faculté qui est de droit commun (1).

1758. — Toutefois cette faculté d'abandon ne s'appliquerait pas : Cette faculté d'abandon a-t-elle lieu dans tous les cas?

1° Aux fossés qui servent de *bornes* (art. 646);

2° A ceux qui sont établis dans les localités où il existe des règlements qui obligent à les faire et à les entretenir dans l'intérêt de l'agriculture et de la salubrité publique. Dans ce cas, on ne pourrait s'affranchir de l'obligation d'entretenir le fossé qu'en renonçant à son héritage entier : car, tant que l'on conserve un héritage dans ces localités, le principe de l'obligation subsiste (voy. les nos 1739 et s.).

1759. — On s'est demandé enfin si le propriétaire d'un fossé peut être contraint, sur la demande de son voisin, à lui en céder la mitoyenneté. Le propriétaire d'un fossé peut-il être contraint, sur la demande de son voisin, à lui en céder la mitoyenneté?

Quelques personnes admettent l'affirmative : elles appliquent par analogie la disposition de l'article 661. Mais ici, ce me semble, l'analogie n'est plus permise. L'article 661, qui accorde au propriétaire joignant un mur le droit d'en acquérir la mitoyenneté, est un article d'exception; or, *exceptiones strictissimæ interpretationis sunt.*

1760. — La loi n'ayant point réglé, ainsi qu'elle l'a fait pour les haies, pour les arbres et pour les vues (art. 671, 677 et 680), l'espace qui doit être laissé entre l'héritage sur lequel est établi un fossé et l'héritage voisin, cette matière se trouve régie par le principe qu'un propriétaire ne peut pas faire sur son héritage des travaux qui pourraient dégrader l'héritage voisin. Celui qui établit un fossé sur son héritage doit donc l'établir de manière que le terrain voisin ne soit pas exposé à des éboulements. C'est une pure question d'expertise. Quel espace doit être laissé entre l'héritage sur lequel on établit un fossé et l'héritage voisin?

§ IV. *De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des haies.*

37e *Répétition.*

1761. — Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne. Art. 670.

Cette présomption de mitoyenneté cesse : A qui sont réputées appartenir les *haies* qui se trouvent entre deux héritages? Quand cesse cette présomption de mitoyenneté?

1° Lorsqu'un seul des héritages séparés par la haie est *en état de clôture*. Dans ce cas, la haie est réputée être la propriété exclusive du propriétaire de l'héritage clôturé : il est naturel de sup-

(1) Pothier n'en faisait pas de doute (*Du contrat de société*, n° 226).

poser qu'il l'a établie seul, puisque seul il a eu intérêt à l'établir.

Quid, de la haie qui se trouve entre deux héritages qui ne sont clos ni l'un ni l'autre ?

Ainsi, entre deux héritages enclos, la haie qui les sépare est réputée mitoyenne.

Elle l'est encore entre deux héritages qui ne sont enclos ni l'un ni l'autre : alors, en effet, il n'y a pas plus de raison pour l'attribuer en toute propriété à l'un des deux voisins qu'à l'autre.

Elle ne l'est plus, au contraire, entre héritages dont l'un est enclos, tandis que l'autre ne l'est pas.

Quid, si les clôtures sont de nature différente, si, par exemple, l'un des héritages est clos par quatre haies vives, tandis que l'autre l'est par une haie vive et par trois fossés ou par trois haies *sèches?*

— Point de difficulté si les deux héritages sont également enclos de haies vives : celle qui les sépare est réputée mitoyenne. Mais que décider dans le cas où les clôtures sont de nature différente? Soient deux héritages voisins dont l'un est clos par quatre haies vives et l'autre par une haie vive et par trois fossés, ou par trois haies sèches : la haie vive qui sépare ces héritages est-elle réputée mitoyenne, même dans ce cas?

1762. — Quelques auteurs tiennent pour la négative. Selon eux, la haie n'est réputée mitoyenne qu'autant que les héritages qu'elle sépare sont l'un et l'autre également enclos de ***haies vives***. Dans le cas contraire, elle est réputée appartenir pour le tout au propriétaire de l'héritage qui a des haies vives sur ses quatre côtés. Tout, disent-ils, porte à croire que le propriétaire qui a enclos son héritage de haies vives des trois autres côtés, l'a également enclos du côté où se trouve la haie séparative des deux héritages, et qu'à l'inverse le voisin qui a jugé que des fossés ou des haies sèches lui suffisaient pour les autres côtés de son fonds, n'a point contribué à l'établissement de cette haie.

1763. — Cette solution me semble trop hardie ; je ne l'admettrais pas. L'article 670 y résiste énergiquement. La règle qu'il établit est, en effet, absolue : *toute haie,* y est-il dit, qui sépare des héritages *en état de clôture,* est réputée mitoyenne. On ne distingue point la nature des clôtures ; il suffit que les héritages soient d'une manière ou d'une autre, enclos tous les deux. La présomption de mitoyenneté n'a d'ailleurs, même dans l'espèce que nous étudions, rien que de très raisonnable : car les haies coûtent si peu à établir, qu'il est toujours naturel de supposer que chacun des propriétaires dont elles séparent les héritages a contribué à leur établissement.

Quid, si les trois fossés dont je viens de parler sont trop étroits pour servir de clôture?

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que les deux fonds soient *réellement en état de clôture*. Si donc l'un d'eux avait, sur trois de ses côtés, des fossés trop étroits pour servir de clôture, la présomption de mitoyenneté alors n'aurait plus lieu.

Quid, s'il existe des bornes non contestées, de l'un des côtés de la haie ?

J'ajoute qu'encore bien que les deux fonds fussent également enclos, la présomption de mitoyenneté devrait néanmoins être écartée, s'il existait des bornes non contestées, de l'un des côtés de la haie. Dans ce cas, en effet, les deux héritages, au lieu d'être séparés par la haie, le seraient par les bornes. La haie serait tout entière sur l'un des héritages, au propriétaire duquel elle serait, par conséquent, réputée appartenir pour le tout.

1764. — 2° S'il existe un titre d'où l'on puisse tirer la preuve que la haie appartient exclusivement au propriétaire de l'un des deux fonds.

1765. — 3° Lorsqu'il y a « *possession suffisante* au contraire... » Posséder une haie, c'est faire sur elle des actes de maître, tels que la perception des fruits qu'elle produit, l'élagage des arbres qui s'y trouvent...

Lorsque ces actes sont également faits par l'un et l'autre voisin, ceux-ci possèdent la haie tous les deux, auquel cas la présomption de mitoyenneté subsiste dans toute sa force ; c'est une seconde preuve de mitoyenneté qui s'ajoute à la première.

Que si, au contraire, ils émanent de l'un des propriétaires seulement, celui-là seul possède la haie ; et alors, si sa *possession est suffisante à cet effet,* la présomption de mitoyennneté est écartée : la haie est réputée appartenir exclusivement au voisin qui l'a seul possédée.

Mais quand la possession est-elle *suffisante à cet effet ?* Suffit-il qu'elle ait duré un an, ou faut-il qu'elle ait continué pendant tout le temps nécessaire pour la *prescription,* c'est-à-dire (en général) *pendant* 30 *ans ?* Ce point est délicat et fort controversé.

Quand y a-t-il *possession suffisante* pour faire tomber la présomption de mitoyenneté de la haie ?

Suffit-il, pour cela, qu'elle ait duré *un an ?*

Faut-il, au contraire, qu'elle ait duré pendant tout le temps nécessaire pour fonder la prescription, c'est-à-dire pendant trente ans?

Suivant la jurisprudence, ce n'est qu'à la possession *trentenaire* qu'est attaché l'effet de faire tomber la présomption de mitoyenneté (1).

Suivant quelques auteurs, au contraire, la possession *annale* suffit.

Il faut, pour comprendre cette solution, connaître les effets que la loi attache à la possession. Celui qui possède une chose paisiblement, publiquement et à titre de propriétaire, est présumé en être réellement le propriétaire légitime. Mais la possession n'établit cette présomption à son profit qu'autant qu'elle s'est continuée avec ses caractères et sans interruption pendant un certain temps.

Si elle a duré au moins *un an,* la présomption est acquise : le possesseur est réputé être le véritable propriétaire de la chose qu'il a possédée. Cette présomption, il est vrai, peut être combattue et détruite par la preuve contraire ; mais, à défaut de cette preuve, la présomption de propriété reste acquise au possesseur.

Si elle a duré pendant tout le temps nécessaire pour la prescription (30 ans en général), la présomption de propriété qu'elle fait naître au profit du possesseur ne peut plus être combattue et détruite par nulle autre preuve, tant elle a acquis de force aux yeux de la loi. La possession alors a tout l'effet d'un titre, et elle en tient lieu (voy. le 3e vol., sur les art. 2219 et 2228).

Tel est le droit commun en matière de propriété.

Pourquoi ne pas l'appliquer à la propriété *des haies?* Par quelle

(1) C'est du moins ce que la Cour de cassation a jugé plusieurs fois. La Cour de Bordeaux a jugé le contraire, par son arrêt du 5 mai 1858.

raison si puissante refuserait-on à la possession annale un effe suffisant pour faire présumer la propriété d'*une haie,* alors qu'o lui reconnaît cette puissance, quant à la propriété des *fonds eux mêmes?* Notre article est-il donc assez explicite pour y trouve la justification d'une aussi choquante contradiction? Mais il s borne à poser le principe qu'une *possession suffisante* peut fair tomber la présomption de mitoyenneté ! En évitant de dire quan et à quelles conditions elle est *suffisante à cet effet,* il est évide qu'il s'en réfère aux règles ordinaires qui régissent la possessio

1766. — On fait une objection. « Si, dit-on, l'article 670 ava entendu parler de la possession *annale,* il resterait inexplicabl Lors, en effet, qu'il établit la présomption de mitoyenneté de haie qui sépare les deux héritages, il se place évidemment da l'hypothèse où la haie est possédée *par l'un des deux voisins :* ca s'ils la possédaient l'un et l'autre, la présomption qu'il établit s rait inutile et sans objet, puisqu'elle résulterait déjà de cette po session commune. Ainsi, la loi suppose que la haie n'est possédé que par l'un des propriétaires voisins, et cependant, malgré cet possession, elle établit la présomption de mitoyenneté. Donc, possession *annale* ne suffit pas pour la faire tomber! Donc, c effet n'est attribué qu'à la possession qui a duré assez de tem pour fonder la prescription ! »

1767. — Je réponds que l'article 670 ne se place pas, ainsi qu' le dit, dans l'hypothèse où l'un des voisins possède seul la ha Il suppose le cas où elle n'est possédée ni par l'un ni par l'au des propriétaires voisins, ce qui est le cas le plus ordinaire : c dans la plupart des cas, les haies sont telles qu'il est difficile faire sur elles des actes de maître assez rapprochés les uns d autres, et assez caractérisés, pour constituer une possession p prement dite.

Ainsi, en résumé, si la haie n'a été possédée ni par l'un ni l'autre des deux voisins, et c'est le cas le plus fréquent, la h est réputée mitoyenne.

S'ils l'ont possédée l'un et l'autre, la présomption de mitoy neté, au lieu d'être détruite, est, au contraire, fortifiée et corro rée par cette possession commune.

Si elle n'a été possédée que par l'un d'eux seulement, et p dant *un an,* la présomption de mitoyenneté établie par notre ticle est alors détruite par la présomption plus forte résul de cette possession. Cette présomption, née de la possessi pourra, il est vrai, être combattue par des preuves contrair mais on ne pourra point la détruire en invoquant la présomp de mitoyenneté que notre article consacre.

Que si, enfin, cette possession a duré assez de temps pour fon la prescription, la présomption qui en résulte est alors invinci nulle preuve contraire n'est admise contre elle (1).

(1) Toull., t. III, n° 229; Dur., t. V, n° 370; MM. Val. et Bug., à leurs co

1768. — L'arbre qui se trouve dans une haie mitoyenne est, comme elle, mitoyen : ainsi, il appartient par indivis et par portions égales aux deux propriétaires de la haie. Peu importe que son tronc se trouve plus d'un côté que de l'autre, ou qu'il soit également sur chacun des deux héritages : la loi ne distingue pas. C'est donc par *portions égales* que les propriétaires de la haie doivent partager : 1° les fruits qu'il produit, lorsqu'il est sur pied; 2° le bois qu'il donne, lorsqu'il est abattu.

Art. 673.

A qui appartiennent les arbres qui se trouvent dans une haie mitoyenne?

Quid, si leur tronc se trouve plus d'un côté que de l'autre?

Il en est différemment des arbres qui se trouvent situés sur la ligne séparative de denx fonds entre lesquels il n'existe point de haie mitoyenne : ils appartiennent alors à chacun des propriétaires des héritages sur lesquels ils sont situés, non plus par portions égales, mais *proportionnellement à la partie du tronc qui porte sur l'héritage de chacun d'eux*. Ce n'est, en effet, qu'*accessoirement* à leur héritage, et, par conséquent, que jusqu'à concurrence du terrain que les arbres y occupent, qu'ils en ont la propriété.

Quid, quant aux arbres qui se trouvent sur la ligne séparative de deux fonds entre lesquels il n'existe point de haie mitoyenne?

Il n'y a point à s'occuper des racines; le tronc seul décide de tout. Ainsi, l'arbre dont le tronc se trouve pour deux tiers sur mon terrain et pour un tiers sur le vôtre nous appartient dans la même proportion.

Quid, si les racines de ces arbres sont plus d'un côté que de l'autre?

1769. — Quoique les arbres qui se trouvent dans une haie mitoyenne soient mitoyens comme elle, et bien qu'en général la haie ne puisse être détruite que du consentement des deux propriétaires, chacun d'eux a le droit d'exiger qu'ils soient abattus : l'article 673 le dit en termes formels. Cette différence entre la haie et les arbres qui s'y trouvent s'explique naturellement. Les arbres que la haie contient peuvent, dans certains cas, être fort gênants pour l'agriculture : de là, le droit accordé à chacun des propriétaires de les faire abattre. La haie, au contraire, loin de nuire à l'agriculture, ne fait que la favoriser ; elle sert, d'ailleurs, de séparation et de limite aux héritages, et, par là, elle prévient les procès qu'engendrerait l'incertitude des propriétés. De là, l'obligation imposée aux voisins entre lesquels elle existe de la conserver, à moins qu'ils ne soient d'accord pour la supprimer.

Chacun des propriétaires de la haie mitoyenne peut-il exiger que les arbres qui s'y trouvent soient abattus?

Peut-il exiger que la haie soit détruite?

Quelle est la raison de cette différence entre la haie et les arbres qui s'y trouvent?

Toutefois, si les fonds qu'elle sépare étaient situés *dans une*

Chacun des proprié-

Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 670. — *Contra*, MM. Duverg., *sur Toull.*, t. III, n° 229; Pardessus, t. II, n° 325; Aubry et Rau, t. II, § 222, note 81; Marc., sur l'art. 670; Dem., t. II, n° 507 *bis*, VI; Demol., t. I, nos 340 et s.; Laurent, t. VII, n° 581.

La même théorie est applicable aux *murs* et aux *fossés*. Nous n'avons point, il est vrai, de texte formel qui nous autorise à décider ainsi; mais le droit commun nous suffit. Il faudrait, en effet, une disposition spéciale pour l'exclure, et cette disposition n'existe pas. Si d'ailleurs la loi n'a point expressément appliqué aux murs et aux fossés, comme aux haies, les effets ordinaires de la possession, c'est que les questions de possession, qui sont fréquentes en matière de haies, sont beaucoup plus rares pour les fossés, et surtout pour les murs : son attention s'est exclusivement arrêtée sur le cas le plus ordinaire.

taires de la haie peut-il exiger qu'elle soit remplacée par un mur?

ville ou dans un faubourg, chacun des deux propriétaires aurait le droit d'exiger qu'elle fût détruite et remplacée par un mur de clôture, conformément à l'article 663.

§ V. *De la distance à observer dans la plantation des arbres et des haies.*

Art. 671.

Un propriétaire peut-il planter des arbres ou des haies sur la dernière limite de son héritage?
Quelle distance doit-il observer?

1770. — Un propriétaire peut établir un *mur* ou une *haie sèche* sur la dernière limite de son héritage: la loi n'a, en effet, prescrit aucune distance à leur égard.

Elle ne dit point non plus à quelle distance un *fossé* peut être établi. Nous en avons conclu que le propriétaire qui le fait peut le placer où bon lui semble, pourvu qu'il le construise de telle manière qu'il ne dégrade pas l'héritage voisin (voy. le n° 1760).

Il n'en est pas de même des *arbres* et des *haies:* leur établissement sur la dernière limite de l'héritage causerait au voisin un tort trop grave pour être toléré. La loi a donc, dans l'intérêt de l'agriculture, prescrit certaines distances qui doivent être laissées entre les plantations et la limite du terrain sur lequel on les fait. Cette distance varie suivant la nature des plantations.

S'il s'agit d'*arbres de haute tige,* elle est de *deux mètres.*

Elle n'est que d'un *demi-mètre* pour les autres arbres et les haies vives.

Toutefois, cette distance n'est prescrite que subsidiairement, et pour le cas où il n'existe point, sur cette matière, des règlements particuliers ou des usages locaux.

Peut-on acquérir le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi?
Comment peut-on acquérir ce droit?
Le propriétaire qui, pendant trente ans, a possédé des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale, n'a-t-il acquis que le droit de conserver *ces mêmes arbres?*
A-t-il acquis, au contraire, le droit d'avoir, à perpétuité, des arbres à cette distance?
En d'autres termes, s'il abat ceux qu'il a possédés, ou s'ils périssent, a-t-il ou non le droit d'en planter d'autres de la même espèce, à la même place et en même nombre?

1771. — On peut acquérir le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que celle qui est déterminée par la loi :

1° Par l'effet d'un *testament* ou d'une *convention;*

2° Par la *prescription.* Ainsi, lorsque les arbres plantés trop près de l'héritage voisin existent depuis trente ans, le propriétaire du terrain sur lequel ils sont a le droit de les conserver. Mais quelle est l'étendue de cette prescription? Le propriétaire qui, pendant trente ans, a possédé des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale, n'a-t-il acquis que le droit de conserver *ces mêmes arbres?* A-t-il, au contraire, acquis le droit d'*avoir,* à perpétuité, *des arbres* à cette distance? En d'autres termes, s'il abat les arbres qu'il a possédés pendant trente ans, ou s'ils périssent de vieillesse, ou par accident, a-t-il ou non le droit d'en planter d'autres de la même espèce, à la même place et en même nombre?

Suivant l'opinion générale, il n'a acquis que le droit de conserver ceux qu'il a possédés ; s'ils périssent, ou s'il les abat, il n'a point le droit de les remplacer par d'autres. On ne prescrit, en effet, que ce que l'on possède : *tantum præscriptum quantum possessum!* Or, dans l'espèce, quel droit le propriétaire des arbres a-t-il possédé? Le droit d'avoir *tels* arbres plantés à une distance

moindre que celle qui est prescrite par la loi. Il n'a rien possédé de plus : il n'a, par conséquent, acquis que le droit de *conserver les arbres qu'il a possédés*. Il est vrai que le propriétaire qui, pendant trente ans, a eu sur son voisin des fenêtres pratiquées à une distance prohibée (art. 678) a acquis le droit d'avoir, *à perpétuité*, des fenêtres à cette distance, et qu'ainsi il peut, s'il abat sa maison ou si elle périt par cas fortuit, la rétablir à la même place et avec le même nombre de croisées qu'elle avait dans le principe (art. 665) ; mais, s'il en est ainsi des *vues* et autres servitudes urbaines tandis qu'il en est différemment des *plantations* faites à une distance prohibée, cela tient à la différence existant entre un *bâtiment* et une *plantation*.

Lors, en effet, que mon voisin construit à une distance prohibée une maison avec des fenêtres, quel droit exerce-t-il ? La nature même de l'acte qu'il fait me l'indique. Il entend posséder le droit d'avoir, *à perpétuité*, ces fenêtres sur mon fonds : car, en général, celui qui construit une maison ne la bâtit point pour un temps plus ou moins long, il la bâtit pour toujours. C'est donc un droit illimité dans sa durée qu'il exerce ; c'est, par conséquent, un droit perpétuel qu'il prescrit : *quantum possessum tantum præscriptum*.

Lors, au contraire, qu'un propriétaire fait une plantation à une distance prohibée, le droit qu'il exerce est naturellement *temporaire*, puisque les arbres qui en sont l'objet n'ont qu'une existence limitée dans leur durée. Dès lors, il ne peut point prescrire le droit indéfini d'avoir des arbres à la même distance.

Qu'il conserve ceux qu'il a possédés, cela se conçoit : il n'y a, en effet, rien de déraisonnable à supposer que le voisin qui les a soufferts pendant trente ans a tacitement renoncé au droit de les faire abattre. Rien, au contraire, ne fait présumer qu'il a entendu concéder à son voisin le droit d'avoir, à perpétuité, des arbres à distance prohibée. Un arbre, aujourd'hui, peut n'être pas ou n'être que très peu incommode ; tandis que la succession indéfinie d'arbres plantés à la même place peut causer au voisin un préjudice considérable.

1772. — On insiste cependant et on dit : « La défense faite aux propriétaires de planter des arbres sur la dernière limite de leurs propriétés constitue une servitude légale ; toute servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans. Or, le voisin qui, pendant trente ans, a souffert les arbres qui ont été plantés trop près de son terrain, a par là même négligé d'exercer la servitude établie par la loi à son profit. Cette longue inaction de sa part a donc éteint son droit, et par suite affranchi le fonds voisin de la servitude passive qui pesait sur lui. Dès lors rien ne s'oppose plus à ce que le propriétaire du fonds devenu libre use à perpétuité de la liberté que la prescription lui a fait acquérir. »

Cet argument aurait assurément beaucoup de force, s'il était vrai que la nécessité imposée au propriétaire de ne planter des

arbres qu'à une certaine distance des fonds voisins, *constitue une véritable servitude;* mais tout le monde reconnaît qu'il n'en est rien. Cette nécessité légale n'est rien autre chose qu'une limite *naturelle* du droit de propriété (voy. les nos 1665 et 1666). Le propriétaire qui a fait un acte à l'encontre de la propriété ainsi réglée n'a donc pas pu se libérer d'une *servitude* qui, en réalité, n'existe pas (1).

(1) MM. Dur., t. V, no 391; Val. et Bug., à leurs cours; Marc., sur l'art. 671; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 672; Aubry et Rau, t. II, § 197, note 20. — La jurisprudence est également en ce sens.

— Voici ce qu'on peut dire pour l'opinion contraire :

1° La loi, se plaçant au point de vue du droit naturel abstrait, a considéré la propriété comme un droit *absolu*, emportant pour le propriétaire la faculté de faire sur son terrain tout ce que bon lui semble; à ce droit absolu, elle a apporté des restrictions qu'elle qualifie de *servitudes*. Rien n'est plus faux, sans doute, que cette théorie; mais là n'est pas la question. Il faut prendre la loi telle qu'elle est; et, pour elle, à ses yeux, la nécessité de ne pas planter des arbres près de la propriété du voisin est une *véritable servitude*.

Toute servitude, *légale* ou autre, car la loi ne distingue pas, s'éteint par le non-usage pendant trente ans (art. 706). Dans l'espèce, le propriétaire du fonds servant a fait un acte contraire à la servitude, un acte qui, par sa nature, en suppose l'inexistence ; le propriétaire du fonds dominant a, pendant trente ans, respecté cet acte de protestation, il a négligé de se servir du droit de servitude dont il était armé : son droit est donc éteint. Autrement, il faudrait dire que la servitude légale dont nous nous occupons n'est point susceptible de s'éteindre par le non-usage; mais alors on violerait ouvertement l'art. 706.

2° Mais, dira-t-on peut-être, le propriétaire des plantations n'a pas pu se libérer entièrement, *complètement*, de la servitude légale dont était grevé son fonds, puisque l'acte qu'il a fait contre elle ne lui a porté qu'une atteinte *temporaire*, c'est-à-dire qui ne pouvait au plus durer que ce que durent les arbres qu'il a plantés.

Cet argument est plus spécieux que fondé. Un propriétaire est grevé de la servitude légale de n'avoir des arbres sur son fonds qu'à une certaine distance du fonds voisin : s'il veut s'en affranchir, que fera-t-il? Un acte contraire à la servitude (art. 707). Or, par quel acte, si ce n'est par une plantation d'arbres placés à une distance autre que la distance légale, protestera-t-il contre l'existence de la servitude qui le grève? Il a fait tout ce qu'il pouvait faire de plus contraire à la servitude, ce qui pouvait le mieux faire supposer son inexistence : donc son inexistence est acquise, lorsque les choses sont restées en cet état pendant trente ans, et sans protestation de la part du propriétaire du fonds dominant.

Il n'est pas exact de dire, d'ailleurs, que l'acte par lequel il a protesté contre l'existence de la servitude n'indique rien autre chose de sa part que la volonté d'avoir, *pendant un certain temps*, des arbres à la place où il les a plantés. Celui qui plante des arbres se propose, en effet, dans la plupart des cas, d'avoir, non pas seulement les arbres qu'il plante actuellement, mais un terrain, un parc, un jardin planté d'arbres. Or, celui qui établit un parc, un jardin, qui boise un terrain, n'entend assurément pas faire un acte temporaire.

Dans le système contraire, la servitude légale dont il s'agit ne serait susceptible d'être éteinte par le non-usage *que pour un certain temps;* ce qui serait encore la violation de l'art. 706, qui consacre l'extinction totale, absolue, complète et perpétuelle, de toute servitude par le non-usage pendant trente ans.

3° Admettons, au reste, qu'il s'agisse, non point d'une prescription *libératoire*, mais d'une prescription *acquisitive :* il serait alors vrai de dire que l

1773. — Lorsque des arbres plantés à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi existent depuis moins de trente ans et sans titre, le propriétaire voisin peut exiger qu'ils soient abattus.

La loi ajoute : « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut *contraindre celui-ci à couper ces branches*. — Si ce sont des racines qui avancent sur son héritage, il a le droit *de les couper lui-même*. »

Cette différence entre les *branches* et les *racines* s'explique facilement. On n'a point voulu que le propriétaire qui souffre des branches de son voisin pût les couper lui-même, parce qu'on a craint que, par malice ou par inattention, il ne déshonorât l'arbre, et qu'il ne les coupât au delà du point où elles doivent l'être. Quant aux racines, aucun de ces inconvénients n'était à craindre : on a donc pu, sans danger, lui accorder le droit de les couper lui-même. Ajoutons que la nécessité de s'adresser à son voisin pour les faire couper aurait pu amener des retards préjudiciables pour l'agriculture : car, dans la plupart des cas, c'est en labourant, en travaillant son champ, qu'on découvre les racines qui s'y trouvent.

Art. 672.

Lorsque des arbres ont été plantés à une distance moindre que la distance légale, quel droit a le propriétaire voisin ?

Quel droit est accordé à celui sur la propriété duquel s'avancent les *branches* ou les *racines* des arbres du voisin ?

Quelle est la raison de la différence que la loi établit à cet égard entre les *branches* et les *racines?*

1774. — La faculté de faire couper les branches des arbres du fonds voisin s'applique :

A quels arbres s'applique cette faculté ?

1° Aux arbres plantés à une distance prohibée et qui n'ont pas encore trente ans d'existence;

2° Aux arbres plantés à la distance légale. C'est même en vue

propriétaire qui a planté des arbres à une distance prohibée et qui les a conservés pendant trente ans, a acquis le droit de les conserver *jure servitutis*... Or, aux termes de l'art. 704, les servitudes éteintes revivent lorsque les choses sont rétablies de manière qu'on en puisse user. Donc le propriétaire qui a abattu les arbres qu'il a pendant trente ans possédés à une distance prohibée, recouvre son droit de servitude lorsqu'il les remplace par d'autres arbres !

Mais, objecte-t-on, la maison qu'on relève peut être considérée comme étant toujours la même, tandis qu'un arbre est essentiellement différent d'un autre arbre : l'un peut avoir, en effet, plus de vigueur que l'autre.

La loi, assurément, ne s'est pas arrêtée à ces subtilités. Si la maison qu'on rebâtit avec de nouveaux matériaux peut être considérée comme étant toujours la même, je ne vois pas pourquoi il n'en sera pas ainsi du peuplier ou du chêne, qui remplace un autre peuplier ou un autre chêne. L'art. 704, d'ailleurs, ne distingue point entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales : la règle qu'il établit est absolue.

4° La convention par laquelle un propriétaire céderait à son voisin le *droit de planter sur son terrain des arbres* à une distance moindre que la distance légale, serait évidemment entendue dans ce sens, que le cessionnaire pourrait faire *aujourd'hui et toujours* des plantations à la place indiquée ; or, la prescription fait précisément supposer que les arbres possédés par le propriétaire de l'héritage où ils sont, ont été plantés, à cette place, du consentement du propriétaire voisin !

— MM. Demante (t. II, n° 527 *bis*, I) et Demolombe (t. I, n° 501) admettent le premier ou le second système, suivant qu'il s'agit d'arbres isolés ou d'arbres disposés en allée ou en avenue. — M. Laurent (t. VIII, n° 13) professe, en termes généraux, le second système.

de ce cas que notre article a été fait : car, en ce qui touche les arbres plantés à une distance prohibée, le droit de les faire arracher emportait déjà, par *a fortiori,* le droit d'en faire couper les branches.

A quels arbres ne s'applique-t-elle point?

Elle ne s'applique pas :

1° Aux arbres plantés, *en vertu d'une convention expresse,* à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi : car, en concédant le droit de planter des arbres à cette distance, le propriétaire voisin a implicitement accepté d'avance les inconvénients que ces arbres pourraient lui causer (1);

2° Aux arbres qui existent depuis trente ans à une distance prohibée. Dans ce cas, en effet, il y a prescription, et la prescription vaut titre, puisqu'elle a pour fondement la présomption légale qu'il y a eu entre les deux voisins, et au moment de la plantation des arbres, une convention formelle en vertu de laquelle la plantation a eu lieu.

Celui sur la propriété duquel s'avancent les branches des arbres du voisin peut-il les faire couper, même au cas où elles existent sur son terrain *depuis 30 ans ?*

1775. — Lorsqu'un arbre a été planté à la distance légale, le voisin est obligé de le subir; il peut néanmoins exiger que les branches qui avancent sur son terrain soient coupées. Mais le peut-il encore lorsque les branches avancent sur son terrain depuis trente ans?

Suivant l'opinion générale, il le peut toujours. Un propriétaire ne peut pas, dit-on, acquérir par prescription le droit d'avoir des branches sur son voisin : car, leur accroissement étant *successif,* il serait impossible de déterminer à quel moment précis naîtrait pour le voisin le droit de se plaindre, et où commencerait, par conséquent, la prescription (2).

L'opinion contraire peut être soutenue. Les servitudes continues et apparentes sont susceptibles d'être acquises par prescription (art. 690); or, n'est-ce pas exercer une servitude continue et apparente que d'avoir des branches sur le fonds de son voisin? Leur pousse étant périodique, il serait, dit-on, impossible de distinguer la portion prescrite de celle qui ne l'est pas ! Cela n'est pas exact. Il sera difficile, sans doute, de déterminer avec précision le point de départ de la prescription ; mais cela ne sera pas impossible, ce sera là une question de fait. Il existe, d'ailleurs, certains arbres dont la pousse de chaque année est scientifiquement déterminée (3).

Quid, quant aux racines qui existent dans son terrain depuis 30 ans?

1776. — Quant aux racines, cette décision sera, dans la plupart des cas, inapplicable : car, pour prescrire, il faut posséder publi-

(1) Proud., *du Dom. privé,* t. II, n° 585; Dur., t. V, n°s 396 et suiv.; M. Laurent, t. VIII, n° 18. — *Contra,* Pardessus, t. I, n° 196; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 672; Demol., t. I, n° 507.

(2) Proud., *des Droits d'us.,* t. II, n° 552, et *du Dom. privé,* t. II, n°s 381 et s.; Dur., t. V, n° 398; Bug., à son cours; MM. Aubry et Rau, t. II, § 197, note 27; Marc., sur l'art. 672; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Dem., t. II, n° 527 *bis,* II; Demol., t. I, n° 509.

(3) Delv., sur l'art. 672; M. Val., à son cours; M. Laurent, t. VIII, n° 20.

quement (art. 2229), et, en général, la possession des racines n'est point publique.

1777. — Les fruits pendants aux branches qui s'avancent sur le terrain d'un voisin appartiennent au propriétaire de l'arbre. Mais le voisin est-il obligé de le laisser passer sur son héritage pour venir les récolter?

A qui appartiennent les fruits pendants aux branches des arbres du voisin?

Celui sur la propriété duquel les branches s'avancent est-il obligé de laisser passer sur son héritage le propriétaire de l'arbre qui demande à recueillir ses fruits?

Quelle est l'obligation dont il est tenu?

La plupart des auteurs admettent l'affirmative. Qui veut la fin veut les moyens, disent-ils. En tolérant sur son terrain des branches fruitières, il consent par là même à ce que le propriétaire de l'arbre vienne chez lui cueillir ses fruits.

Cette décision me semble arbitraire. Le droit de propriété est sacré ; chacun est maître chez soi. Qu'on ne dise pas que le voisin qui n'use point du droit de faire couper les branches qui s'avancent sur son terrain autorise par là même le propriétaire de l'arbre à venir chez lui en recueillir les fruits ! car autre chose est de souffrir l'ombre que les branches projettent sur notre héritage, autre chose est d'y souffrir la présence d'un étranger.

Mais, bien entendu, le propriétaire de l'arbre pourra revendiquer les fruits tombés sur le sol de son voisin, qui sera alors forcé de les laisser enlever, ou, s'il le préfère, de les enlever lui-même et d'en faire la restitution (1).

Section II. — De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

1778. - - « Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur, *mitoyen ou non ;*

Art. 674.

Que doivent faire les propriétaires qui creusent un puits ou une fosse d'aisance, près d'un mur, mitoyen ou non; qui y construisent une cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau; qui y adossent une étable, un magasin de sel ou un amas de matières corrosives?

« Celui qui veut y construire une cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau ;

« Y adosser une étable ;

« Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou un amas de matières corrosives,

« Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter de nuire au voisin. »

— « Près d'un mur, *mitoyen* ou non... » Ainsi, les mesures ici prescrites sont obligatoires à l'égard :

1° Des murs *mitoyens ;*

2° Des murs d'*autrui.*

Le sont-elles, 3° à l'égard du mur qui appartient exclusivement à celui qui se propose de faire les constructions ou amas désignés dans notre article? La question se résout par une distinction.

Cette distance et ces précautions sont-elles obligatoires à l'égard du mur qui appartient exclusivement à celui qui fait les constructions ou amas qui

(1) Selon M. Laurent (t. VIII, nos 22 à 24), il n'y a d'autre solution qu'une action judiciaire : le voisin sera sommé de cueillir les fruits lui-même ou de les laisser cueillir.

viennent d'être énumérés ?

Ces mesures sont, en effet, prescrites, ou *dans un intérêt d'utilité publique,* pour prévenir les incendies et autres événements nuisibles à la société (telles sont celles qui sont relatives aux âtres, fours et fourneaux...), ou *dans un intérêt purement privé,* pour empêcher la dégradation du mur près duquel les travaux sont faits.

Les premières s'appliquent *alors même que le constructeur est exclusivement propriétaire du mur près duquel il établit ses travaux.* Les secondes ne sont obligatoires qu'au cas où il s'agit d'un mur *mitoyen* ou *appartenant à autrui.* Pourvu qu'il ne compromette point la sécurité publique, celui qui a la propriété exclusive d'un mur peut faire contre ce mur, et sans aucune précaution, tous les travaux que bon lui semble. Son intérêt particulier est entièrement laissé à sa discrétion.

L'énumération des constructions ou des amas pour lesquels la loi prescrit des mesures conservatoires est-elle limitative ?

1779. — Notre article n'est qu'énonciatif dans l'énumération des travaux ou amas qu'il prend soin de régler. On l'applique donc, par analogie de motifs, aux cas qu'il ne prévoit point, mais qui sont identiques ou analogues à l'un ou l'autre de ceux qu'il énumère.

Quelle distance et quelle mesure devra-t-on observer *à défaut de règlement* ou *d'usages sur ce point?*

1780. — La loi se réfère, pour les distances à observer ou pour les précautions à prendre, aux règlements et usages particuliers; mais elle ne dit point quelles distances et quelles mesures il faudra observer, *à défaut de règlements* ou d'*usages*. Il faudrait alors faire régler par experts les moyens nécessaires pour que les travaux à faire ne soient nuisibles ni à la société ni au propriétaire voisin (art. 662, arg. d'anal.).

Au reste, alors même que les distances ou que les précautions prescrites ont été observées, le propriétaire voisin conserve néanmoins le droit de se plaindre, si, en fait, ces distances ou précautions ont été impuissantes à prévenir le dommage qu'elles ont pour but d'empêcher. Il peut alors réclamer la réparation du dommage qu'il a déjà souffert, et forcer le constructeur à prendre de nouvelles mesures pour prévenir tout danger ultérieur.

Le propriétaire qui a fait des constructions ou des amas nuisibles, sans observer la distance et les mesures prescrites par la loi, a-t-il le droit de conserver les travaux qu'il a faits, s'ils existent depuis plus de 30 ans ?

1781. — Le propriétaire qui a fait des constructions nuisibles, sans observer les distances ou les précautions prescrites par la loi, acquiert, *après trente ans de possession,* le droit de les conserver en l'état où elles sont, et quoiqu'elles blessent l'*intérêt privé* du voisin : il y a alors droit acquis par prescription. Mais il n'en est pas de même des travaux qui pourraient être nuisibles à la société : on ne prescrit point contre ce qui est d'ordre public.

SECTION III. — DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN.

Combien distingue-t-on, en droit, d'espèces de vues?

1782. — OBSERVATIONS. — On distingue, en droit, deux principales sortes de vues, savoir :

1° Les jours *à verre dormant,* c'est-à-dire à verre incrusté dans un châssis *qui ne s'ouvre point;*

2° Les jours *libres* ou *à fenêtres ouvrantes.*

Les vues *libres* se subdivisent à leur tour : elles sont *droites* ou *obliques.*

Comment se subdivisent les vues libres?

Les vues *droites* sont celles qui s'exercent par des ouvertures établies dans un mur *parallèle* (ou à peu près) à la ligne de séparation des deux héritages.

Qu'est-ce qu'une vue *droite?*

Les vues *obliques* sont celles qui s'exercent par des ouvertures pratiquées dans un mur qui est *perpendiculaire* (ou à peu près) à la ligne séparative des deux fonds.

Une vue *oblique?*

Dans le premier cas, l'observateur peut voir, sans changer de place, le fonds de son voisin; dans le second, il est obligé de se tourner de côté pour l'apercevoir.

Les jours *libres,* ou à fenêtres ouvrantes, sont, pour le voisin qui les subit, plus incommodes que les jours *à verre dormant.* En le livrant à l'espionnage incessant et à la curiosité indiscrète des habitants de la maison où ils sont établis, les premiers l'inquiètent et le gênent dans la liberté de ses actions et de ses moindres mouvements; ils l'exposent, en outre, à recevoir sur son fonds les résidus ou immondices que les voisins peuvent jeter par leurs fenêtres.

Les jours libres ont-ils tous les mêmes inconvénients pour le voisin qui les subit?

Les seconds ne présentent que le premier de ces deux inconvénients.

Les vues *libres* elles-mêmes n'ont pas toutes le même degré d'incommodité. Celles qui sont *droites* sont plus gênantes, plus dures à supporter, que les vues *obliques.* Les vues sont, en effet, d'autant plus incommodes pour le voisin qui les subit qu'elles sont plus commodes et plus faciles pour celui qui les exerce; or, la vue droite est assurément plus agréable, plus facile, que la vue oblique. On regarde sans cesse en face de soi; ce n'est, au contraire, que par accident, et exceptionnellement, qu'on use des vues de côté.

Qu'a fait la loi pour les prévenir ou au moins les paralyser?

La loi, voulant prévenir ou au moins paralyser, autant que possible, les inconvénients que je viens de signaler, a établi certaines prescriptions; et, comme il y a des degrés dans les inconvénients qu'elle a voulu prévenir ou paralyser, il y a aussi des degrés dans la rigueur de ses dispositions. Tout l'esprit de la loi est là.

Nous aurons, pour l'application des règles qu'elle nous donne sur cette matière, à distinguer :

1° Les murs mitoyens;

2° Les murs non mitoyens.

Ceux-ci se subdiviseront, à leur tour, en murs *qui joignent* et murs *qui ne joignent pas* immédiatement l'héritage du voisin.

1783. — I. Du mur mitoyen. — Lorsqu'une chose appartient en commun à deux personnes, aucune d'elles ne peut, de sa propre autorité, la modifier et en changer l'état. La volonté de celui des deux propriétaires qui désire la conserver en l'état où elle se trouve l'emporte sur la volonté de celui qui veut innover : *In re communi potior est causa prohibentis.* De là la règle suivante :

Art. 675.

L'un des copropriétaires d'un mur mitoyen peut-il y pratiquer des jours sans le consentement de l'autre?

Pourquoi ne peut-il

pas y pratiquer au moins des jours à verre dormant ?

« L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même *à verre dormant.* » Ce serait, en effet, innover et faire servir le mur à un autre usage que celui auquel il est destiné que d'y percer des jours : car, ainsi que le dit Pothier, les murs mitoyens sont uniquement faits pour s'enclore et pour qu'on y appuie ce qu'on doit y appuyer.

Art. 676 à 680.

Le propriétaire d'un mur qui n'est pas mitoyen peut-il y pratiquer des jours ?

Quelles distinctions la loi fait-elle à cet égard ?

1784. — II. Du MUR NON MITOYEN. — Le propriétaire de ce mur a le droit d'y pratiquer des jours; mais de quelle nature peuvent être ces jours? Peuvent-ils être *libres,* ou doivent-ils être *à verre dormant ?* La loi distingue.

Il peut toujours, c'est-à-dire, alors même que son mur *joint immédiatement l'héritage voisin,* y pratiquer des jours *à verre dormant.*

Ces jours doivent être garnis d'un treillis de fer, à mailles d'un décimètre d'ouverture au plus.

« Ils ne peuvent être établis qu'à *huit pieds* au-dessus du plancher ou du sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée, et à *six pieds* au-dessus du plancher pour les autres étages. »

A verre dormant, et avec un grillage de fer..., afin que le propriétaire du mur ne puisse ni s'introduire ni rien jeter chez le voisin.

A une certaine hauteur dans le mur de la pièce qu'ils éclairent, afin qu'il ne puisse pas se procurer sur l'héritage de son voisin une vue trop facile.

Quelle distance doit-il y avoir, quant aux vues libres, entre le mur où elles sont établies et l'héritage voisin ?

— En ce qui concerne les vues *libres,* il ne peut en établir qu'autant qu'il existe une certaine distance entre son mur et l'héritage voisin; cette distance doit être de *six pieds* pour les vues *droites,* et de *deux pieds* seulement pour les vues *obliques.* Elle se compte :

Quant aux vues *droites,* depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcon ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure, jusqu'à la ligne de séparation des deux héritages ;

Quant aux vues *obliques,* depuis le bord de la fenêtre le plus rapproché jusqu'à la ligne séparative.

Quid, s'il existe un balcon à l'extérieur du mur?

1785. — Lorsqu'il existe un balcon à l'extérieur du mur, la vue étant droite et sur le fonds qui est en face et sur les deux fonds de côté, il faut alors, entre chacun de ces trois héritages et la ligne extérieure du balcon, une distance de six pieds.

1786. — La théorie de la loi sur les vues est bien simple. Cependant elle a donné lieu à plusieurs difficultés que nous devons examiner.

Lorsqu'il existe un mur mitoyen entre le bâtiment où les vues sont établies et l'héritage voisin, quel est le point où commence

1° Lorsqu'il existe un mur mitoyen entre le bâtiment où les vues sont établies et l'héritage voisin, quel est le point où commence l'héritage voisin, et à partir duquel doit se calculer la distance requise? Suivant l'opinion commune, la ligne de séparation des

deux fonds se trouve *au milieu.* C'est, par conséquent, de ce point milieu que doit se calculer la distance. Il est vrai que, le mur et le sol qui le porte étant communs et *indivis* dans chacune de leurs parties entre les deux propriétaires, il est impossible, en pur droit, de trouver un point milieu qui puisse servir de ligne de séparation; mais, comme, en définitive, on ne peut ni faire abstraction du mur, ni placer la ligne de séparation d'un côté plutôt que de l'autre, force est bien de la placer au milieu.

l'héritage voisin, et à partir duquel doit se calculer la distance?

Si au lieu d'un mur mitoyen nous supposons un mur appartenant pour le tout au propriétaire de la maison éclairée, l'épaisseur de ce mur doit être comprise en totalité dans la distance requise. Mais que faudra-t-il décider si le mur devient mitoyen après coup? Le propriétaire voisin pourra-t-il alors faire fermer les fenêtres, s'il établit qu'en comptant à partir du milieu du mur, la distance qui avait été observée dans le principe se trouve maintenant au-dessous de la distance légale? Non; sa prétention ne serait pas juste! Un fait qui a été légal, accompli selon le droit, ne peut pas devenir illégitime par suite d'un fait postérieur.

Quid, si, au lieu d'être mitoyen, ce mur appartient exclusivement au propriétaire de la maison éclairée?

Quid, si ce mur devient mitoyen après la construction de la maison où les jours sont établis?

1787. — 2° Lorsque la maison éclairée a ses fenêtres à une distance prohibée, sur deux fonds qui se suivent et qui appartiennent à deux personnes différentes, le propriétaire de l'héritage le plus éloigné a le droit de se plaindre tout autant que le propriétaire de l'héritage le plus rapproché; et il en serait ainsi, alors même que le propriétaire de l'héritage intermédiaire aurait concédé un droit de vue au propriétaire de la maison éclairée. Il est vrai qu'on peut dire que la distance prescrite par la loi n'est obligatoire qu'à l'égard de l'héritage *voisin*, et qu'on ne peut appeler héritage *voisin* que celui qui joint *immédiatement* l'héritage sur lequel se trouve la maison éclairée. Mais ce serait évidemment méconnaître l'esprit de la loi que de s'attacher aussi servilement au sens littéral des termes qu'elle emploie : elle ne veut point qu'on puisse avoir sur un fonds appartenant à autrui des vues à une distance moindre que celle qu'elle prescrit. La règle qu'elle établit est générale; ce n'est que pour statuer sur le *plerumque fit* qu'elle a parlé des héritages *voisins*.

Lorsque la maison éclairée a ses fenêtres à une distance prohibée, sur deux fonds qui se suivent et qui appartiennent à deux maîtres différents, le propriétaire de l'héritage le plus éloigné a-t-il le droit de les faire supprimer?

1788. — Faut-il admettre la même solution au cas où la maison éclairée est séparée de l'héritage voisin par un chemin public ou par une rue qui a moins de six pieds de largeur? Logiquement l'affirmative ne serait pas douteuse. Cependant tous les auteurs font une exception pour ce cas. La sûreté générale et l'embellissement des villes l'avaient déjà fait admettre dans notre ancienne jurisprudence, et rien ne donne lieu de supposer qu'elle ait été écartée par les rédacteurs du Code.

Quid, dans le cas où la maison éclairée est séparée de l'héritage voisin par un chemin public, par exemple, par une rue?

3° Les distances prescrites pour les vues ne sont pas obligatoires lorsque le constructeur a sur son héritage un mur assez élevé pour empêcher de voir et de rien jeter sur l'héritage voisin. Dans ce cas, en effet, ses vues sont sur le mur intermédiaire et non sur le fonds du voisin.

Les distances prescrites pour les vues sont-elles obligatoires, lorsque le constructeur a sur son héritage un mur assez élevé pour empêcher de voir

et de rien jeter sur l'héritage voisin?

Quid, si ce mur appartient au propriétaire de l'héritage voisin?

Mais, bien entendu, la règle reprendrait son empire, s'il abattait son mur, ***même après plus de trente ans :*** car, tant que le mur a existé, le propriétaire de la maison éclairée n'a point possédé de vue sur l'héritage du voisin;et, pour prescrire, il faut posséder, empiéter sur le droit d'autrui.

Faut-il appliquer la même solution au cas où le mur qui est plus élevé que les fenêtres appartient au propriétaire de l'héritage voisin? L'affirmative est ici encore généralement admise. Il est vrai que, dans ce cas, les vues portent sur le mur du voisin; mais, comme elles ne lui nuisent en aucune façon et qu'***il n'y a point d'actions sans intérêt,*** les tribunaux ne devraient point l'écouter, s'il demandait la fermeture des fenêtres.

4° La défense d'établir des vues à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi s'applique entre héritages clos ou non clos, situés à la ville ou à la campagne : la loi ne distingue pas. Ainsi, quoique la maison que je construis soit placée en *pleine campagne,* je ne puis pourtant y établir des fenêtres qu'à la condition d'observer les distances légales.

Les distances prescrites pour les vues sont-elles obligatoires même à l'égard des jours établis dans un *simple mur de clôture?*

1789. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que ces distances sont obligatoires, même à l'égard des jours ou fenêtres établis ***dans un simple mur de clôture?*** Ainsi le propriétaire d'un parc ou d'un jardin peut-il, ou non, se ménager des jours sur la campagne en établissant des jours dans l'un de ses murs distant de moins de six pieds des héritages voisins? La question est controversée.

1790. — Premier système. — Les jours ou fenêtres que le Code a réglementés sont ceux qui éclairent des *appartements;* il ne s'occupe point des jours pratiqués dans *un simple mur de clôture.* Et la raison en est bien simple. Les fenêtres d'un bâtiment apportent une gêne incessante au propriétaire de l'héritage voisin : il n'y est plus libre, puisqu'il sait que dans cette maison qui le domine peuvent se tenir des personnes toujours prêtes à l'épier. La loi a donc dû le protéger.

Quant aux jours pratiqués dans un simple mur de clôture, ils sont peu nuisibles pour le voisin : car ce n'est que rarement ou accidentellement qu'ils servent au propriétaire. On ne se tient, en effet, dans un parc ou dans un jardin, que lorsque la température le permet, quelques jours pendant l'année, et seulement quelques heures pendant les beaux jours. Les voisins souffrent, sans doute, de ces ouvertures pratiquées dans le mur qui joint leur héritage; mais l'inconvénient qu'ils subissent est si petit, que la loi a dû le négliger. Le système contraire conduirait à l'absurde. Ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire que lorsqu'un mur de séparation vient à se crevasser en quelques endroits, le propriétaire est obligé ou de boucher ces ouvertures, ou d'abattre son mur (1)!

1791. — Deuxième système. — Le propriétaire d'un simple mur

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 680; Laurent, t. VIII, n° 42.

de *séparation* ne peut y établir des jours qu'à la distance légale : la loi ne distingue pas. Ces jours pourraient d'ailleurs être aussi incommodes pour le voisin que s'ils étaient pratiqués dans un mur de *bâtiment*. Ils pourraient, en effet, être garnis de fenêtres qui s'ouvrent et se ferment à volonté, ou de persiennes qui permettent de voir sans être vu. La position entre les deux voisins ne serait plus égale. Le propriétaire du mur serait libre chez lui ; il n'en serait pas de même du voisin : car, chaque fois qu'il se tiendrait sur son héritage, il aurait à craindre que le propriétaire du mur ne fût à sa fenêtre ou derrière sa persienne, occupé à le poursuirve de ses regards indiscrets (1).

— Suivant quelques personnes, cette solution ne devrait pas être appliquée aux jours qui n'ont ni verre dormant, ni fenêtres, ni volets, en un mot, aux simples ouvertures. Dans ce cas, disent-elles, la condition des deux voisins est la même, puisque chacun d'eux peut alors voir sur l'héritage de l'autre, et de la même manière que s'il n'y avait pas de mur.

1792. — Je n'admettrais pas ce tempérament. Et d'abord il est possible que le terrain du voisin soit plus bas que l'héritage où le mur est établi, de telle sorte qu'il ne pourrait que très difficilement user de son droit de regarder, tandis que le propriétaire du mur aurait toute facilité pour cela. Ajoutons que, bien que les jours soient entièrement libres de fenêtres, de volets ou de persiennes, le propriétaire qui les établit pourrait cependant s'en servir d'une manière peu loyale, en se tenant tapi et caché derrière son mur. Le voisin pourrait, il est vrai, faire de même ; mais, s'il est honnête, il n'userait point de cette faculté, ce qui rendrait la position inégale entre lui et celui auquel le mur appartient.

1793. — 5° Lorsque des jours ou fenêtres ont été établis à une distance moindre que celle qui est réglée par la loi, le voisin a le droit de les faire fermer. Toutefois, s'il reste trente ans sans l'exercer, la prescription éteint son droit.

Le propriétaire qui a possédé pendant trente ans des fenêtres à une distance prohibée, a-t-il acquis le droit d'empêcher le voisin de construire sur son héritage des bâtiments assez rapprochés du mur où sont les fenêtres pour en rendre l'usage inutile?

Mais, ici encore, on se demande quelle est l'étendue de cette prescription. Le propriétaire qui a possédé pendant trente ans des fenêtres à une distance prohibée a bien évidemment acquis le droit de les conserver. Mais a-t-il, en outre, acquis le droit d'empêcher le voisin de construire sur son héritage des bâtiments assez rapprochés du mur où sont les fenêtres pour en rendre l'usage inutile ?

1794. — Premier système. — Le propriétaire qui depuis trente ans a possédé des jours ou fenêtres à la distance prohibée s'est libéré de la servitude légale qui l'empêchait d'ouvrir à cette distance des fenêtres dans son mur : il a éteint par prescription l'action que la loi conférait au voisin pour le forcer à les boucher.

(1) MM. Val., à son cours; Aubry et Rau, t. II, § 196, note 9; Dem., t. II, n° 533 *bis*, II; Demol., t. II, n° 562.

Mais là s'arrête l'effet de la prescription. En se libérant de la servitude passive qui pesait sur lui, il n'a point par là même acquis de servitude active sur le fonds voisin : ce fonds reste donc dans sa liberté naturelle. Or, selon le droit naturel, consacré d'ailleurs par le droit positif, le propriétaire a la faculté de bâtir sur la dernière limite de son fonds et aussi haut que bon lui semble, pourvu qu'il ne dépasse pas la hauteur fixée par les règlements (1).

1795. — Deuxième système. — Le propriétaire qui depuis trente ans a possédé des vues à une distance qui n'est pas légale a acquis tout à la fois : 1° la libération de la servitude passive dont son fonds était grevé, et 2° une servitude active, dite *de vue,* sur l'héritage voisin. Cette servitude est, en effet, continue et apparente, et toute servitude qui a ces caractères peut être acquise par la prescription (art. 688, 689 et 690); or, comment l'acquérir par prescription, si ce n'est en possédant pendant trente ans des fenêtres à une distance prohibée?

Le seul point qu'il y ait à examiner est celui de savoir quelle est l'étendue de la *servitude de vue.*

Si un propriétaire concédait un droit de vue à son voisin, il est évident que cette concession emporterait implicitement l'obligation de ne pas masquer et obstruer, par des constructions placées trop près, les fenêtres établies pour user du droit de vue. Or, l'effet qu'une convention produit, la prescription le produit également, puisqu'elle a pour fondement la présomption légale de cette convention; elle en fait supposer l'existence.

Il est bien vrai que le propriétaire du mur où sont les jours n'a point acquis sur le fonds voisin la servitude *altius non tollendi;* mais il n'est pas nécessaire d'avoir cette servitude pour avoir la servitude *de vue.* Ces deux servitudes diffèrent, en effet, dans leur étendue. La servitude *altius non tollendi* empêche celui qui en est grevé de bâtir sur son fonds *dans toute son étendue;* la servitude *de vue,* au contraire, laisse au propriétaire qui la subit la faculté d'élever sur son fonds telles constructions que bon lui semble, sous la seule condition qu'il reste entre elles et le mur où sont les vues un espace suffisant pour ne pas les obstruer (art. 701).

Cet espace avait été fixé, par notre ancienne jurisprudence, à six pieds pour les vues droites, et à deux pieds pour les vues obliques. Cette règle n'a rien que de très naturel. On peut encore la suivre aujourd'hui; mais elle n'a rien d'obligatoire pour les tribunaux, qui pourront toujours, suivant les circonstances et sur un rapport d'experts, déterminer la distance qu'ils jugeront convenable (2).

(1) Merlin, *Quest.,* v° *Servit.,* § 3; Pardessus, t. II, n° 312; Toull., t. III, n° 534.

(2) Delv., t. I, p. 577; Dur., t. V, n° 326; MM. Val., à son cours; Marc., sur l'art. 680; Duverg., *sur Toull.,* t. III, n° 534; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Dem., t. II, n° 535 *bis,* II, et 535 *bis,* IV; Demol., t. II, n° 580 ;

1796. — 6° Le voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut faire fermer les jours *libres* qui s'y trouvent *depuis moins de trente ans*. Il le pourrait si le mur ne lui appartenait pas : à plus forte raison le peut-il quand il acquiert la mitoyenneté du mur. Mais, si les jours libres existaient *depuis trente ans*, il devrait les respecter et en subir l'usage, sans pouvoir les obstruer par des constructions trop rapprochées; c'est ce que nous venons de décider sur la précédente question.

Le voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut-il faire fermer les jours *libres* qui s'y trouvent depuis trente ans ?

Faut-il décider de même quant aux jours à fer maillé et à verre dormant ?

Quid, quant aux jours à fer maillé et à verre dormant ?

1797. — Premier système. — Le voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur où se trouvent établis des jours à fer maillé et à verre dormant peut les faire boucher, *quand bien même il ne jugerait pas à propos de bâtir contre le mur*. Et, en effet, de même que l'un des voisins ne peut point, de sa propre autorité, *ouvrir* des jours dans un mur mitoyen, de même et par la même raison, il n'a pas le droit d'y *maintenir*, sans le consentement de son copropriétaire, ceux qui s'y trouvaient déjà lors de l'acquisition de la mitoyenneté.

Et il en est ainsi même dans le cas où ces jours existent depuis plus de trente ans. Le propriétaire qui les a établis n'a pas pu, en effet, acquérir par prescription le droit de les conserver : car c'est comme propriétaire, *jure dominii*, qu'il les a établis et *possédés*. Il n'a fait que ce qu'il avait le droit de faire; or, pour prescrire, il faut faire quelque chose d'illégal, posséder la chose d'autrui, empiéter sur son droit : on ne prescrit jamais en ne faisant que ce que l'on a le droit de faire (1).

1798. — Deuxième système. — Si le propriétaire d'un mur mitoyen ne peut point, sans le consentement de son voisin, y pratiquer des jours, même à verre dormant, c'est uniquement par application du principe : *In re communi, potior est causa prohibentis* (voy. le n° 1783). Or, dans l'espèce, le propriétaire qui demande à *conserver* les jours qu'il a ouverts dans le mur, et qu'il avait eu le droit d'y pratiquer (voy. le n° 1784), alors que son mur n'était pas encore mitoyen, ne prétend point innover, puisqu'il ne désire rien tant que de conserver le mur dans l'état où il est actuellement; l'esprit d'innovation se trouve, au contraire, chez son voisin, contre lequel, par conséquent, on peut tourner la maxime précitée.

La loi, en un mot, ne veut point que l'un des voisins puisse, sans le consentement de l'autre, *établir* des jours dans le mur

Aubry et Rau, t. II, § 196, note 36; Laurent, t. VIII, nos 61 et 62. — Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 août 1853 (Sir., 53,1,593).

(1) Delv., t. I, p. 166; Dur., t. V, n° 325; MM. Aubry et Rau, t. II, § 196, p. 204, et § 222, p. 432; Duverg., *sur Toull.*, t. III, n° 527; Marc., sur l'art. 679; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 677; Dem., t. II, n° 515 *bis*, IV; Demol., t. I, nos 370 et suiv., et t. II, nos 541-542. — Voy. aussi l'arrêt de cassation, du 3 juin 1850 (Sir., 50,1,585).

mitoyen; mais elle ne lui défend pas de *conserver* ceux qui s'y trouvaient déjà quand le mur a cessé de lui appartenir pour le tout. Autrement il faudrait aller jusqu'à reconnaître au voisin, qui acquiert la mitoyenneté d'un mur, le droit de faire démolir et enlever les gros ouvrages consommés à une époque où l'état de mitoyenneté n'existait pas, et qui, depuis qu'il existe, se trouvent n'être pas de ceux que cet état comporte. De cette manière, on forcerait indirectement le propriétaire exclusif d'un mur à ne s'en servir que comme d'un mur mitoyen : la crainte de l'avenir paralyserait son droit!

Ainsi, le voisin peut bien, même sans acquérir la mitoyenneté, en construisant tout contre mon mur, obstruer les jours qui s'y trouvent; mais, la mitoyenneté étant par lui acquise, il doit les laisser subsister, dans le cas où il ne juge point à propos de bâtir (1).

Section IV. — De l'égout des toits.

Art. 681.

Les propriétaires sont-ils obligés de recevoir les eaux qui tombent des toits des maisons voisines?

Que doivent donc faire les propriétaires qui construisent une maison?

1799. — Les fonds, n'étant obligés de supporter le passage des eaux venant des fonds voisins qu'autant que ces eaux en découlent *naturellement,* ne peuvent pas être astreints à recevoir les eaux qui sont rassemblées artificiellement, comme celles qui tombent du toit d'une maison. De là la règle suivante :

Le propriétaire qui construit une maison ou tout autre bâtiment à l'extrémité de son terrain doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut pas les faire verser sur le fonds de son voisin. Il faut donc qu'il s'arrange de manière à perdre les eaux, soit sur son terrain, soit sur la voie publique, ou tout au moins qu'il laisse au delà de son bâtiment un espace suffisant pour que l'égout de son toit ne dégrade point le fonds voisin. Mais cela suffit : si son terrain est incliné, il n'est pas astreint à retenir l'eau sur lui.

Comment doivent être établis les toits et les gouttières qui s'y trouvent?

Il est bien entendu, au reste, que le toit et les gouttières qui y sont placées ne doivent point faire saillie au-dessus du fonds voisin : car, la propriété du sol emportant la propriété du dessus comme du dessous, ce serait empiéter sur le droit d'autrui que d'établir ces saillies.

La défense de jeter l'égout de son toit sur le fonds du voisin constitue-t-elle une *servitude?*

1800. — Remarquez que la défense de jeter l'égout de son toit sur le fonds du voisin n'a vraiment rien de commun avec les servitudes. Elle ne fait, au contraire, que proclamer la liberté du fonds voisin. Si le propriétaire de ce fonds consentait à recevoir l'égout, c'est alors qu'il y aurait servitude : car sa propriété se trouverait modifiée, amoindrie, pour l'avantage de la maison.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 3, n° 2; Toull., t. III, n° 527; Pardessus, t. n° 172; M. Val., à son cours; M. Laurent, t. VIII, n° 40.

SECTION V. — DU DROIT DE PASSAGE.

1801. — L'intérêt général ne permet point qu'un fonds reste nécessairement inculte et abandonné; or, c'est précisément ce qui aurait lieu, si le propriétaire dont le fonds n'a aucune issue sur la voie publique n'avait le droit de réclamer un passage sur les fonds de ses voisins. Ce droit, la loi l'a consacré en ces termes : « Le propriétaire *dont le fonds est enclavé et sans aucune issue* sur la voie publique, *peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins* pour l'exploitation de son héritage, *à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.* »

Art. 682 à 685.

Quel droit la loi accorde-t-elle au propriétaire dont le fonds est *enclavé* et sans aucune issue sur la voie publique ?

L'*enclave* peut avoir lieu : 1° par suite de quelque cas fortuit tel que l'éboulement d'un terrain, le changement de lit d'une rivière, la suppression ou le redressement d'une route; 2° par l'effet d'un contrat de partage ou de vente, lorsque les copropriétaires d'un héritage font leur partage de telle manière que la portion attribuée à l'un des copartageants se trouve n'avoir aucune issue sur la voie publique, ou lorsque le propriétaire d'un fonds qui n'est pas enclavé vend à un tiers la portion à laquelle la voie publique n'aboutit point.

D'où peut provenir l'enclave ?

Nous distinguerons les deux cas.

Lorsque l'enclave provient d'*un cas fortuit,* le passage n'est dû que moyennant une indemnité. Cette indemnité est réglée, non pas eu égard au profit que le propriétaire du fonds enclavé retire du passage, mais proportionnellement au dommage que le passage occasionne au propriétaire qui le subit (voy. le n° 1676).

Lorsqu'elle provient d'un cas fortuit, le passage est-il dû *sans indemnité?*

Comment cette indemnité est-elle réglée ?

Le passage n'est dû, au reste, qu'autant que l'enclave est telle, que le fonds est privé *de toute issue sur la voie publique*. Une simple incommodité ne suffirait donc pas pour constituer la servitude d'enclave; cette servitude n'est due qu'en présence d'une nécessité absolue. — J'ajoute qu'elle ne peut être exigée que « pour l'exploitation de l'héritage, » c'est-à-dire pour la *culture* et le *défruitement* de la terre (1).

Le passage est-il dû, lorsque l'*issue* sur la voie publique est très *incommode?*

1802. — Le passage doit régulièrement, c'est-à-dire en principe, être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique; mais, s'il était démontré que ce trajet, quoique le plus court, serait trop difficile et trop dispendieux à établir, ou trop dommageable pour le propriétaire qui le subirait, le passage devrait alors être pris sur un autre côté, quoique plus long. En cas de contestation, les juges apprécieront.

Sur quel fonds doit être pris le passage?

(1) En ce sens, M. Legentil, *Rev. prat.*, t. II, p. 113 et suiv. — On soutient, dans un autre système, que les mots : *pour l'exploitation de l'héritage*, sont génériques, et qu'ainsi le passage est dû même pour des besoins autres que des *nécessités agricoles* (voy., en ce sens, MM. Demol., t. II, n° 612, et Laurent, t. VIII, n°s 89-90).

Sur quelle partie du onds ?

1803. — Lorsque le fonds sur lequel doit être pris le passage est fixé, il reste encore à déterminer en quel endroit le passage devra être établi. La loi règle ce point : elle veut que le passage soit pris dans l'endroit le moins dommageable pour le propriétaire qui le subit, lors même que cet endroit serait pour le propriétaire qui profite du passage moins commode qu'un autre.

L'action en ndemnité réservée au propriétaire sur lequel doit être pris le passage est prescriptible par trente ans; mais quel est le point de départ de cette prescription?

1804. — L'action en indemnité réservée au propriétaire du fonds sur lequel doit être pris le passage est prescriptible : s'il laisse s'écouler trente ans sans l'exercer, elle est prescrite. Mais quel est le point de départ de cette prescription?

La plupart des auteurs la font commencer à partir du jour où le propriétaire du fonds enclavé a passé sur le fonds qui le sépare de la voie publique. Le droit de passage, disent-ils, existe de plein droit, à titre de servitude légale, du jour même et par le fait seul de l'enclave : dès ce jour, l'indemnité est *due*. Mais elle n'est pas encore *exigible* : car, tant que le propriétaire du fonds enclavé n'use point du droit que la loi lui confère, on ne peut rien lui demander. Ce n'est qu'après le premier acte d'exercice qu'il a fait de son droit qu'il peut être contraint d'en payer le prix : ce n'est, par conséquent, qu'à partir de ce moment que la prescription commence à courir à son profit (art. 2257) (1).

1805. — Dans un autre système, on raisonne autrement. L'enclave n'engendre pas de plein droit la servitude de passage; elle fait seulement naître le droit de l'acquérir par une expropriation, que le propiétaire du fonds enclavé impose aux propriétaires des fonds qui le séparent de la voie publique. Si, en effet, le droit de passage existait à son profit du jour même et par le seul fait de l'enclave, il n'aurait pas besoin de le *réclamer* de ses voisins; il le prendrait et l'exercerait de sa propre autorité. Or, la loi est formelle! elle veut qu'il le *réclame*, c'est-à-dire évidemment qu'il se le fasse attribuer en offrant une indemnité aux propriétaires des fonds sur lesquels il doit être établi. Dès lors, tant qu'il ne s'est pas entendu avec eux ou, en cas de contestation, tant qu'il n'est pas intervenu de jugement, le droit de passage n'est pas encore acquis : l'indemnité, par conséquent, n'est pas encore due.

La prescription ne peut donc commencer à courir qu'à partir du moment où l'indemnité a été réglée par une convention intervenue entre les parties, ou, en cas de contestation, par un jugement. Jusque-là il n'y a ni servitude acquise, ni dette ni créance d'indemnité, et, par conséquent, point de prescription possible (2).

Sur quel fonds doit

1806. — Lorsque l'enclave provient, non plus d'un cas fortuit,

(1) Toull. et Duverg., t. III, nº 553; Pardessus, t. II, nºs 223-224; Dur., t. V, nº 429; Marc., sur l'art. 685; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Dem., t. II, nº 539 *bis;* Aubry et Rau, t. III, § 243, note 26; Demol., t. II, nº 635; Laurent, t. VIII, nº 106.

(2) M. Val., à son cours.

mais d'un partage, le passage alors n'est dû que par ceux des propriétaires qui ont figuré au partage, et sur les portions qui leur ont été attribuées : les copartageants n'ont pas pu, en effet, créer une enclave opposable aux tiers, et faire retomber sur des étrangers une charge qui ne doit être supportée que par eux. Ils doivent même la supporter sans aucune indemnité : car il a été tacitement entendu, dans le partage, que la portion séparée de la voie publique jouirait d'un droit de passage sur les autres portions; à moins pourtant qu'il n'ait été expressément convenu que celui des copartageants qui aura dans son lot la portion enclavée devra se procurer un droit de passage sur les fonds des voisins. Dans ce cas, le passage ne serait toujours dû que par les copartageants de celui qui se trouve enclavé; mais alors ils auraient droit à une indemnité.

être pris le passage lorsque l'enclave résulte d'un partage ou d'une vente?

N'est-il dû alors que moyennant une indemnité?

Quand l'enclave résulte d'une vente, le passage ne peut être pris que sur la portion conservée par le vendeur, et aucune indemnité ne lui est due. Il est, en effet, obligé de délivrer la chose avec ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel; or, le chemin pour arriver à la voie publique est évidemment un accessoire de la chose vendue, puisque sans lui elle resterait perpétuellement inutile (1).

CHAPITRE III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme.

38e *Répétition.*

Section première. — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

1807. — Les servitudes établies par le *fait de l'homme* sont celles qui ont pour fondement la volonté expresse ou tacite des propriétaires. Ce sont les seules auxquelles convienne véritablement la dénomination de *servitude*. Elles constituent, en effet, une véritable dérogation, une exception au droit commun de la propriété foncière; c'est le fait de l'homme, c'est-à-dire sa volonté particulière, qui, modifiant la condition légale et ordinaire de la propriété, asservit un héritage au profit d'un autre, en conférant à celui-ci un droit réel et spécial sur celui-là. L'héritage sur lequel ce droit exceptionnel est établi n'est plus semblable, légalement parlant, aux autres héritages : il a quelque chose de moins que ceux-ci; il n'est plus libre comme les autres; il est véritablement *en servitude* (voy. les nos 1665 et 1666).

Art. 686.

(1) Proud., *De l'usuf.*, t. II, nos 551 et 877, t. IV, no 1886; Dur., t. V, no 420; Marc., sur l'art. 682; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur le même article; Dem., t. II, no 537 *bis;* Demol., t. II, no 602; Aubry et Rau, t. III, § 243, p. 28 et 29; Laurent, t. VIII, nos 82 et suiv.

Les particuliers peuvent-ils établir sur leurs héritages ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble ?
Ce pouvoir n'a-t-il pas des limites ?
Quelles sont ces limites ?

1808. — Les servitudes *naturelles* et les servitudes *légales* sont limitées dans leur nombre : la loi elle-même a pris soin de les énumérer et de les régler dans leurs détails. Il n'en est pas de même des servitudes établies par le fait de l'homme : elles sont innombrables. La loi laisse aux propriétaires toute liberté à cet égard. Toutefois, à côté de ce principe de liberté, elle place trois prohibitions. Les propriétaires peuvent établir toutes les servitudes que bon leur semble, *pourvu* que le service qu'ils constituent ne soit :

1° Ni imposé à la personne,

2° Ni établi au profit de la personne,

3° Ni contraire à l'ordre public. Ainsi, par exemple, la convention par laquelle un propriétaire stipulerait de son voisin le droit de pratiquer, sans observer les distances ou les précautions prescrites par l'article 674, une cheminée ou une forge sur le mur qui les sépare, serait nulle et de nul effet.

La dernière de ces prohibitions ne présente aucune difficulté. Nous l'avons expliquée sous l'article 6, qui contient la règle générale que la loi applique ici à un cas particulier.

Les deux autres prohibitions sont des conséquences nécessaires du principe que les servitudes ne peuvent être établies que sur un *héritage* au profit d'un autre *héritage* (art. 637). Quoique ce principe nous soit déjà connu (voy. le n° 1659), il ne sera pas inutile de donner ici quelques explications supplémentaires sur le sens et la portée de cette règle. Reprenons successivement les deux conséquences qu'en a tirées la loi.

Quel est le sens de cette règle : Les propriétaires peuvent établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas imposés à la personne ?*
La convention par laquelle un propriétaire s'engage à faire quelque chose en faveur d'un propriétaire voisin est-elle nulle ?

1809. — I. Les propriétaires peuvent établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas imposés à la personne.* Quel est le sens de cette prohibition? La loi veut-elle dire que le propriétaire d'un fonds ne peut pas s'obliger personnellement à faire quelque chose en faveur de son voisin, à lui procurer quelque service? Non, assurément! Ainsi, le propriétaire d'un héritage pourrait très valablement s'engager à faire de la musique sous les fenêtres de son voisin, à labourer son champ, à réparer sa maison... Cette convention n'aurait rien que de très licite ; elle engendrerait une *obligation* pour l'une des parties, une *créance* pour l'autre.

Il faut, pour comprendre la pensée de la loi, rappeler les caractères de la servitude. La servitude constitue une *qualité* passive du fonds servant, qualité qui le suit en quelques mains qu'il passe : tous ceux qui en deviennent propriétaires l'acquièrent avec la charge qui le grève. Toutefois, comme ils n'en sont tenus qu'en leur qualité de propriétaires, ils peuvent s'en affranchir par l'abandon de leur droit de propriété (voy. les n°s 1654 et 1657).

Quel est l'effet qu'elle ne produit pas ?
Quel est l'effet qu'elle produit ?

Mais, pour qu'un service ait ces caractères, c'est-à-dire pour qu'il constitue une qualité passive du fonds, transmissible à tous les acquéreurs successifs de ce fonds, avec la faculté pour eux de s'en affranchir par l'abandon du fonds lui-même, il faut qu'il soit tel

que la personne qui a le droit de l'exiger puisse l'obtenir *sans le fait principal* du propriétaire qui doit le subir. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le service est tel qu'il ne puisse être procuré que par le fait principal, par l'*action* de celui qui l'a promis, la convention dont il est l'objet n'est point nulle sans doute ; mais, au lieu d'engendrer une *servitude*, elle ne donne plus naissance qu'à une simple *obligation*. De là toutes les différences que nous avons signalées (voy. les nos 1653 et s.) entre les *obligations* et les *servitudes*.

Quelles différences y a-t-il entre ces deux effets ?

1810. — Ainsi, 1° au lieu d'acquérir un *droit réel* sur un héritage, un droit opposable au propriétaire actuel de cet héritage et à *tous* ceux qui l'acquerront dans la suite, le propriétaire auquel ce service est dû n'a plus qu'une *créance ordinaire*, qui n'a d'effet que contre celui dans la personne duquel l'obligation a pris naissance, et contre ses successeurs universels ou à titre universel.

2° Le débiteur et ses héritiers, étant *personnellement* tenus, n'ont point, comme dans le cas de la servitude, la faculté de s'affranchir de leur obligation en faisant l'abandon du bien sur lequel doit s'accomplir le fait nécessaire pour procurer le service promis.

1811. — En d'autres termes, constituer une *servitude*, c'est attribuer au propriétaire d'un fonds, en tant que propriétaire de ce fonds, le droit de faire sur le nôtre certains actes de propriété, ou de nous empêcher d'y faire certains actes que nous pourrions exercer selon le droit commun de la propriété. La servitude consiste à *laisser faire* ou à *ne pas faire ;* elle ne consiste jamais à *faire* (voy. le n° 1657). La promesse de faire sur son fonds quelque chose dans l'intérêt du propriétaire d'un fonds voisin ne constitue donc point une *servitude ;* elle n'engendre qu'une obligation.

Le propriétaire du fonds servant ne peut-il pas s'engager à faire lui-même et à ses frais tous les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude ?
Quelle est la nature de cette obligation ?

1812. — Nous avons vu cependant (n° 1657) que le propriétaire du fonds servant peut s'obliger à faire lui-même, et à ses frais, tous les ouvrages nécessaires pour l'usage et pour la conservation de la servitude (art. 698). Mais remarquez que, cette obligation de faire n'étant qu'un *accessoire* de la servitude, c'est le *fonds*, et non la *personne*, qui est obligé. D'où il suit :

1° Qu'elle s'éteint quand la servitude vient à s'éteindre ;

2° Qu'elle ne passe aux héritiers de celui qui l'a contractée qu'autant qu'ils ont eux-mêmes la propriété du fonds assujetti. Ils n'en sont pas tenus, s'ils ne le trouvent point dans la succession : s'il y est, ceux-là seulement en sont tenus qui l'ont dans leur lot.

3° Que, si le propriétaire du fonds asservi aime mieux abandonner son droit de propriété que de faire les réparations qu'il est obligé de faire, il peut s'en décharger en abandonnant le fonds (voy. le n° 1657).

En résumé, qu'est-ce que la loi prohibe lorsqu'elle défend d'établir *des services imposés à la personne ?*

Ainsi, en résumé, ce que la loi prohibe, c'est la convention en vertu de laquelle le propriétaire d'un fonds et *tous les acquéreurs successifs de ce fonds* seraient tenus, envers le propriétaire d'un

autre héritage, d'un service *principal* dont ils ne pourraient s'affranchir que par l'abandon de leur droit de propriété. Cette convention n'est point pourtant dénuée de tout effet. Elle est nulle, en ce sens seulement qu'elle est impuissante à créer une qualité modificative du droit de propriété, une charge réelle du fonds, une *servitude,* en un mot; mais, comme toute autre convention, elle engendre une *obligation* valable à l'égard du promettant et de ses successeurs universels ou à titre universel. Ce n'est qu'à l'égard des acquéreurs à titre particulier de l'héritage à l'occasion duquel elle a eu lieu qu'elle reste sans effet. Je m'explique par une espèce. Paul, propriétaire du fonds A, a promis que lui et tous les acquéreurs successifs de son fonds seraient obligés de faire tant de journées de travail sur un fonds voisin, ou de battre la mare qui se trouve dans le fonds A, chaque fois qu'un habitant de la maison voisine se trouverait malade : cette convention engendre bien une *obligation* personnelle de faire, obligation qui devra être exécutée par Paul, et après lui par ses successeurs universels ou à titre universel; mais, à la différence des servitudes, qui suivent le fonds servant en quelque main qu'il se trouve, elle ne passe point aux acquéreurs à titre particulier du fonds A; ils ne pourraient en être tenus qu'autant qu'ils s'y seraient soumis par une clause formelle insérée dans leur titre d'acquisition (1).

Quel est le sens de cette règle : Les propriétaires peuvent établir telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas établis en faveur de la personne ?*
Si le service est établi au profit de la personne, la convention qui l'a établi est-elle nulle?
Quel est l'effet qu'elle ne produit pas?
Quel est l'effet qu'elle produit ?

1813. — II. Les propriétaires peuvent établir en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas établis en faveur de leur personne.* Le but de cette prohibition est facile à comprendre. Il faut la traduire ainsi : on ne peut point attacher à la propriété d'un fonds des prérogatives qui profiteraient à perpétuité à tous les propriétaires de ce fonds, *sans en augmenter l'utilité ou l'agrément.* Si donc l'effet d'une concession qualifiée de *servitude* se bornait à procurer un agrément ou une utilité purement personnelle au propriétaire d'un héritage, sans aucun rapport avec l'utilité ou l'agrément de l'héritage lui-même, cette concession, nonobstant la qualification que lui auraient donnée les parties, et encore qu'elle eût été faite en faveur de tous les propriétaires successifs de l'héritage, serait impuissante à produire une servitude *réelle.* — Elle ne serait point pourtant complètement inefficace. Nulle à l'effet de produire un service foncier, une *qualité* active du fonds, une servitude *réelle,* en un mot, elle vaudrait à l'effet de produire une servitude *personnelle,* sous le titre de *droit d'usage.*

Mais, entre une servitude *réelle* et une servitude *personnelle,* la différence est bien marquée. Lorsqu'une servitude est attachée à un fonds, elle en devient une *qualité* active qui le suit partout où il passe : quiconque l'acquiert, le reçoit avec cette qualité. Lors, au contraire, que la servitude est attachée à une personne, elle

(1) Ajoutez qu'aux termes de l'art. 1780 « on ne peut engager ses services qu'*à temps* ou *pour une entreprise déterminée* ».

s'éteint avec elle, et ne passe, par conséquent, à aucun de ses successeurs.

J'ai stipulé de vous le droit de passer sur votre fonds pour l'exploitation d'un autre fonds qui m'appartient : le service dont il s'agit, étant établi directement, principalement en faveur de mon fonds dont il augmente l'utilité, constitue une servitude *réelle* ou *prédiale :* c'est une qualité active de mon fonds, qui le suivra entre les mains de tous ceux qui, à un titre quelconque, en deviendront propriétaires.

J'ai stipulé de vous, pour moi et pour tous les acquéreurs successifs d'un fonds qui m'appartient, le droit de chasser sur votre fonds, de m'y promener : le service qui a fait l'objet de notre convention se rapporte exclusivement à ma personne ; il n'augmente ni l'agrément ni l'utilité de mon fonds. Ce n'est point un service foncier attaché à mon héritage, c'est un service personnel attaché à ma personne ; ce n'est qu'un *droit d'usage* qui s'éteindra à ma mort, et qui, de mon vivant, ne passera aux acquéreurs de mon fonds qu'autant qu'une clause du titre d'acquisition en contiendra la concession expresse. Cette concession, du reste, n'en changera pas la nature : il s'éteindra donc par mon décès, comme s'il continuait de résider en ma personne (voy. le nº 1563).

1814. — L'usage et l'étendue des servitudes établies conformément aux principes que nous venons d'étudier se règlent par le titre qui les constitue, et, à défaut de titre, par les règles qui font l'objet des dispositions suivantes.

— Après avoir indiqué la nature et le caractère des servitudes réelles, la loi les divise en trois classes. Elles sont : Art. 687 à 689.

Comment la loi divise-t-elle les servitudes ?

1° *Urbaines* ou *rurales ;*

2° *Continues* ou *discontinues ;*

3° *Apparentes* ou *non apparentes*.

1° Les servitudes *urbaines* sont celles qui sont établies pour l'usage des bâtiments, situés, soit à la ville, soit même à la campagne. Les servitudes *rurales* sont celles qui sont établies pour l'usage des fonds de terre. Art. 687.

Qu'est-ce qu'une servitude *urbaine?* Une servitude *rurale ?* Cette division a-t-elle quelque utilité ?

Cette première division des servitudes, utile en droit romain (1), a perdu toute son utilité en passant dans notre Code : elle n'a, en effet, aucune influence sur l'application des règles du droit.

2° Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage *est* ou *peut être* continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. Art. 688.

Qu'est-ce qu'une servitude *continue ?* Quelles servitudes ont ce caractère ? Qu'est-ce qu'une servitude *discontinue ?* Quels exemples en peut-on citer ?

Les servitudes *discontinues* sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage, et autres semblables.

1815. — Remarquez, d'une part, qu'il n'est pas nécessaire, Est-il nécessaire,

(1) Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 512 de la 3e édition.

pour qu'une servitude soit *continue*, qu'elle s'exerce *sans interruption ?*

pour qu'une servitude soit *continue*, qu'elle s'exerce *sans interruption*, que l'usage soit continu et incessant; il suffit *qu'il puisse l'être*. Ainsi, la servitude d'*égout* est continue, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement. Elle est *continue* par cela seul que son exercice n'exige point le fait actuel du propriétaire du fonds dominant. La servitude continue est donc celle qui s'exerce, soit d'une manière continue, comme la servitude de *jour*, soit avec des intermittences, comme la servitude d'*égout*, mais, dans tous les cas, *sans le fait actuel de l'homme*.

Une servitude cesse-t-elle d'être continue par cela seul que le fait actuel de l'homme est nécessaire pour lever un obstacle qui en paralyse l'exercice continuel ?

1816. — D'autre part, qu'une servitude ne cesse pas d'être *continue* par cela seul que le fait actuel de l'homme est nécessaire pour lever un obstacle qui s'oppose à l'exercice de la servitude. Cette intervention passagère de l'homme n'en change pas la nature : car une servitude n'est *discontinue* qu'autant que le propriétaire n'en peut tirer profit qu'en accomplissant une *série de faits*, sans lesquels il serait impossible de retirer l'utilité qu'elle comporte. Mais, lorsqu'elle est telle, qu'une fois les choses placées dans l'état nécessaire à son exercice, elle peut s'exercer par elle-même, sans le fait actuel du propriétaire du fonds dominant, elle est continue. Ainsi, une servitude de prise d'eau est *continue*, quoiqu'il faille souvent, pour en user, ouvrir une écluse ou lever une bonde : une fois l'écluse ouverte ou la bonde levée, la prise d'eau s'exerce, en effet, d'elle-même, et sans le fait de celui qui en profite.

Art. 689.

Qu'est-ce qu'une servitude *apparente ?* Quels exemples en peut-on citer ? Qu'est-ce qu'une servitude *non apparente ?* Quels exemples en peut-on donner ? Une servitude peut-elle être : Continue et apparente tout à la fois ? Continue sans être apparente? Apparente sans être continue? Discontinue et non apparente ?

1817. — 3° Les servitudes *apparentes* sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes *non apparentes* sont celles dont aucun signe extérieur ne révèle l'existence, comme, par exemple, la servitude *de ne pas bâtir*, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

1818. — Une servitude peut être :

Continue et *apparente* tout à la fois : telle est la servitude de vue ;

Continue sans être *apparente*, comme la servitude de ne pas bâtir ;

Apparente sans être *continue :* par exemple, la servitude de passage, lorsqu'il existe une porte ou un chemin qui en révèle l'existence ;

Discontinue et *non apparente* tout à la fois, comme le droit de passage, lorsqu'aucun signe n'en révèle l'existence.

Quel est l'intérêt de ces distinctions ?

La double division des servitudes en *continues* et *discontinues*, en *apparentes* et *non apparentes*, est fort importante. Les règles qui les régissent, soit quant à leur *acquisition*, soit quant à leur *extinction*, ne sont point, en effet, applicables sans distinction à toute servitude. Des différences existent qui se rattachent aux deux divisions que nous venons d'étudier (voy. les art. 690 à 694, et l'art. 707).

1819. — Les servitudes peuvent se diviser encore sous un autre rapport : elles sont, en effet, *positives* ou *négatives*.

Ne peut-on pas diviser les servitudes sous un autre rapport que la loi n'a pas indiqué ?

La servitude *positive* est celle qui confère au propriétaire du fonds dominant le droit de faire certains actes de maître sur le fonds servant : telle est la servitude de passage.

Qu'est-ce qu'une servitude *positive ?*

La servitude *négative* est celle qui met le propriétaire du fonds servant dans la nécessité de s'abstenir de certains actes qu'il pourrait faire selon le droit commun : telle est la servitude de ne pas bâtir.

Une servitude *négative ?*

Section II. — Comment s'établissent les servitudes.

1820. — La loi reconnaît trois modes d'acquisition des servitudes, savoir :

Combien la loi reconnaît-elle de modes d'acquérir les servitudes ?

1° *Le titre exprès ;*
2° *La prescription ;*
3° *La destination du père de famille.*

I. *Du titre exprès.*

Art. 690.

1821. — Le mot *titre* est pris en cette matière en deux sens différents : il exprime tantôt la cause génératrice de la servitude, c'est-à-dire la convention ou le testament qui la crée, tantôt l'*écrit* qui constate le fait constitutif de la servitude.

En quel sens est pris le mot *titre*, lorsque la loi dit que les servitudes s'acquièrent par *titre ?*

C'est dans le premier sens que la loi l'emploie lorsqu'elle dit que les servitudes s'acquièrent *par titre*. C'est donc comme si elle disait : les servitudes peuvent s'acquérir soit par l'effet d'une *convention* (à titre gratuit ou à titre onéreux) faite avec le propriétaire du fonds que l'on veut asservir (1), soit par l'effet d'un *testament*. — Ce mode d'acquisition est *général :* il s'applique sans distinction à toute espèce de servitudes.

A quelles servitudes s'applique ce mode d'acquisition ?

Il n'est pas nécessaire, pour l'établissement de la servitude, qu'elle soit décrite d'une manière complète dans le titre : il suffit qu'elle y soit désignée par la dénomination spéciale qui lui convient ; l'interprétation comble les lacunes qui s'y rencontrent. Ainsi, celui qui constitue une servitude est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Est-il nécessaire de décrire d'une manière complète, dans le titre, la servitude qu'on établit ?

Art. 695.

1822. — Lorsque le titre original de la servitude, c'est-à-dire l'écrit où se trouve relatée la convention qui l'a constituée, est perdu ou détruit, on peut le remplacer par un autre titre, où l'existence de la servitude est *reconnue,* et qu'on appelle pour cela titre *récognitif*. Ce titre nouveau ne peut être donné que par le propriétaire du fonds assujetti (2).

Que peut faire le propriétaire du fonds dominant, lorsque le titre constitutif de la servitude est perdu ou détruit ?

(1) La convention constitutive d'une servitude n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été transcrite (art. 2, n° 1, de la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription*).

(2) Aux termes de l'art. 1337, l'acte *récognitif* ne dispense point de l'obli-

Quid, s'il n'existe ni titre original, ni titre récognitif de la servitude ?

Que s'il n'existe ni titre original ni titre récognitif de la servitude, le propriétaire du fonds dominant ne sera pas pour cela dénué de tout moyen de preuve : il lui restera, en effet, la preuve testimoniale, dans les cas où ce mode de preuve est admissible, conformément aux articles 1341, 1347 et 1348 ; et, dans tous les cas, la ressource de l'aveu et du serment. Il lui suffira même de prouver qu'il a, pendant trente ans, exercé la servitude qu'il réclame, si d'ailleurs elle est *continue* et *apparente*. Cette possession de trente ans constitue alors la prescription, et la prescription supplée le titre.

II. *De la prescription.*

Art. 691.

Les servitudes s'acquéraient-elles par la prescription, dans notre ancien droit coutumier ?

1823. — Notre ancien droit français a été fort divisé sur ce mode d'acquisition. Quelques coutumes le rejetaient complètement ; d'autres l'admettaient, les unes sous la condition que la possession serait appuyée d'un titre, les autres sans cette condition ; celles-ci pour certaines servitudes seulement, celles-là pour toutes les servitudes sans distinction. Partout des différences se faisaient remarquer sur la durée que devait avoir la possession pour fonder la prescription : telles coutumes demandaient une possession *immémoriale*, c'est-à-dire dont personne ne se rappelait le commencement, tant elle était ancienne ; telles autres se contentaient d'une possession *temporaire*, mais dont la durée variait suivant chaque pays : là on exigeait dix ans, ici vingt ans, plus loin trente ans, ailleurs un plus longtemps encore, et même cent ans dans certaines coutumes.

Par quel laps de temps s'accomplit aujourd'hui la prescription acquisitive des servitudes ?
A quelles servitudes s'applique ce mode d'acquisition ?
A quelles servitudes ne s'applique-t-il pas ?

Les rédacteurs du Code ont, par une règle aussi simple que précise, fait cesser cette divergence. Et d'abord la prescription, dans le cas où elle est admise, s'accomplit partout par une possession de *trente ans*.

Elle n'est admise que pour les servitudes qui sont tout à la fois *continues* et *apparentes* (1).

1824. — Ainsi, ne sont point susceptibles de ce mode d'acquisition :

1° Les servitudes qui sont tout à la fois *discontinues* et *non apparentes*, comme la servitude de passage dont aucun signe extérieur ne révèle l'existence ;

gation de la représentation du titre *original*, *à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée*. Cette disposition s'applique-t-elle au titre récognitif *d'une servitude ?*

La négative est généralement admise. L'art. 1337 est, dit-on, spécial aux actes récognitifs *des obligations*.

Cette solution m'a semblé arbitraire. Les règles qui forment la théorie des preuves s'appliquent aussi bien aux *droits réels* qu'aux *créances*. C'est un point que personne ne conteste. Pourquoi donc décider autrement dans l'espèce ?

(1) Ces servitudes peuvent-elles être acquises par une possession de dix ou vingt ans, avec juste titre et bonne foi ? (Voy. le 3e vol., nos 1947 à 1950.)

2° Les servitudes *apparentes,* mais *discontinues,* comme le droit de passage dont l'existence est indiquée par un signe extérieur, tel qu'une porte, un chemin macadamisé (1);

3° Les servitudes *continues* mais *non apparentes,* comme la servitude de ne pas bâtir.

Ces servitudes ne peuvent point s'acquérir par la possession, si prolongée qu'elle soit, durât-elle même assez longtemps pour devenir *immémoriale.* Toutefois, le principe que les lois n'ont point d'effet rétroactif reçoit ici son application. Les prescriptions qui, sous l'empire du Code, ne seraient point possibles, mais qui, *avant sa promulgation,* se sont accomplies dans les pays où elles étaient admises, sont maintenues et respectées. La loi ne touche point aux *droits acquis :* elle ne fait qu'arrêter le cours des prescriptions qu'elle ne reconnaît point, et qui n'étaient pas encore accomplies à l'époque où elle a été promulguée.

Les servitudes qui ne sont pas tout à la fois continues et apparentes peuvent-elles s'acquérir par la possession *immémoriale?* Qu'est-ce que la possession immémoriale? Que décider relativement aux prescriptions que le Code n'admet point, mais qui étaient déjà accomplies à l'époque de sa promulgation?

1825. — Rien n'est plus simple que ce système. Mais sur quel motif repose-t-il? Pourquoi les servitudes qui sont en même temps *continues* et *apparentes* peuvent-elles être acquises par la prescription, tandis que ce mode d'acquisition ne s'applique point aux servitudes qui ne réunissent pas ce double caractère?

Pourquoi les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes peuvent-elles être acquises par la prescription, tandis qu'il en est différemment de celles qui n'ont pas ce double caractère?

Cette distinction n'a rien d'arbitraire : elle a sa raison d'être et sa raison légitime. Mais, pour la bien comprendre, il faut bien saisir le fondement de la prescription acquisitive.

Lorsqu'une personne a possédé une chose comme sienne pendant trente ans, paisiblement, publiquement et sans interruption ni contestation de la part de personne, cette chose est présumée lui appartenir réellement. Le véritable propriétaire qui la revendique n'est pas écouté. « Se peut-il, lui dit-on, que cette chose soit encore la vôtre? Voici trente ans qu'un autre la possède, et vous ne l'avez pas revendiquée! Une aussi longue inaction ne se comprend pas de la part d'un propriétaire réel. Si vous êtes resté si longtemps sans agir, c'est évidemment que cette chose ne vous appartenait plus, c'est que vous l'avez transmise au possesseur. Celui-ci, il est vrai, ne rapporte point une preuve écrite de cette acquisition; mais nous la tenons pour certaine, parce que c'est la seule manière d'expliquer naturellement et rationnellement la longue inaction dans laquelle vous êtes resté. »

La prescription repose sur cette supposition. Elle a donc pour fondement la présomption que l'ancien propriétaire de la chose possédée l'a réellement et légitimement transmise à celui qui la possède depuis si longtemps.

(1) Toutefois, si celui qui, pendant trente ans, a passé sur le terrain d'autrui, s'est comporté de manière à démontrer, par ses actes, qu'il a possédé le chemin non point *jure servitutis,* mais *jure dominii,* la prescription a pu alors s'accomplir à son profit. Il a, dans ce cas, acquis, non point la servitude de passage, mais la propriété même du terrain sur lequel il a établi son chemin. Voy. MM. Aubry et Rau, t. III, § 251, p. 81.

Cette présomption se conçoit sans peine, lorsqu'on l'applique à la possession des servitudes qui sont tout à la fois *continues et apparentes*. Rien n'est, en effet, plus naturel que de supposer que celui qui les a exercées pendant trente ans sans opposition de la part du propriétaire, les a possédées en vertu d'un titre exprès et légitime d'acquisition. S'il en était autrement, le propriétaire du fonds sur lequel elles ont été exercées serait-il resté si longtemps sans se plaindre? Une si longue inaction de sa part, en présence d'une atteinte aussi grave, aussi permanente et aussi publique, à son droit de propriété, n'est point vraisemblable! S'il n'a pas réclamé, c'est que probablement il avait cédé à son voisin la servitude dont il vient aujourd'hui contester l'existence.

1826. — Quant aux servitudes qui ne sont pas en même temps *continues et apparentes*, l'inaction du propriétaire du fonds sur lequel elles ont été exercées s'explique naturellement, sans qu'il soit besoin de faire la précédente supposition. On peut, en effet, dire :

1° Quant aux servitudes qui ne sont pas *apparentes*, s'il n'a pas agi, *c'est qu'il ne les a pas connues*. La loi fait ici l'application du droit commun. Pour prescrire, il faut posséder *publiquement*; et cela n'est guère possible pour les servitudes dont aucun signe extérieur ne révèle l'existence (voy. le 3e vol., nos 1822 et s.).

2° Quant aux servitudes *discontinues*, s'il n'a pas agi, c'est que le dommage qu'elles lui causaient alors était si peu important qu'il a cru devoir les *tolérer à titre de bon voisinage*. Vous venez puiser de l'eau à ma fontaine; vous passez sur mon champ, pour vous rendre plus vite sur la voie publique. Je pourrais, à la rigueur, vous empêcher d'agir ainsi ; mais, comme j'en souffre peu je *tolère* cet empiétement. La longue inaction dans laquelle je suis resté n'a été, de ma part, qu'une *longue tolérance*. Aujourd'hui je veux bâtir sur mon champ, j'ai besoin que vous n'y passiez plus, et je réclame mon droit. Quoi de plus légitime?

Appliquer la prescription aux servitudes de cette espèce, c'eût été faire asseoir la discorde sur les limites de chaque héritage; on eût ainsi invité chaque propriétaire à une surveillance ombrageuse et inquiète, et altéré cet esprit de mutuelle tolérance qu'une bonne loi doit toujours s'efforcer d'entretenir entre voisins.

Ainsi, pourquoi la prescription ne s'applique-t-elle point aux servitudes *non apparentes?* Aux servitudes *discontinues?*

1827. — Ainsi, la prescription ne s'applique point :

Aux servitudes *non apparentes*, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'une possession publique;

Aux servitudes *discontinues*, parce que leur possession n'est, de la part du propriétaire qui la souffre, qu'*un acte de tolérance* (1)

(1) Quelques personnes expliquent autrement l'imprescriptibilité des servitudes discontinues. Aux termes de l'art. 2229, il faut, pour prescrire, une possession *continue*; or, disent-elles, la possession d'une servitude *discontinue* ne peut être *continue*. — Rien n'est plus inexact (voy. le 3e vol., nos 1814, 1836 et 1837).

Ajoutons une raison spéciale et décisive quant aux servitudes *négatives*. On sait que ces servitudes sont celles qui mettent le propriétaire du fonds servant dans la nécessité de ne pas faire sur son fonds certains actes qu'il aurait droit de faire selon le droit commun. Elles ne supposent, de la part du propriétaire au profit duquel elles existent, aucun *acte*, aucune *action* sur le fonds servant; or, pour prescrire, il faut posséder, et posséder, c'est faire des actes de maître sur la chose d'autrui, ce qui n'a pas lieu pour les servitudes négatives. Ainsi, quoique je sois resté plus de trente ans sans bâtir sur mon fonds, mon voisin n'a pas prescrit la servitude *de ne pas bâtir :* il n'y a eu, en effet, de ma part, qu'un acte *de pure faculté,* qui n'a pu fonder pour mon voisin ni *possession* ni *prescription* (voy. le 3e vol., nos 1832 à 1834).

III. — *De la destination du père de famille.*

1828. — On entend par ***destination du père de famille*** un certain arrangement au moyen duquel le propriétaire de deux héritages a destiné l'un d'eux au service de l'autre.

Art. 692 et 693.

Qu'est-ce que la *destination du père de famille ?*

Tant que les deux fonds continuent de lui appartenir, le service ainsi établi ne constitue point une servitude : car ***nemini res sua servit.*** Mais, si, par une cause quelconque, ils viennent à être divisés, si le propriétaire aliène l'un de ses deux fonds, en se réservant l'autre; s'il les vend à deux personnes différentes, ou si, après sa mort, ils passent à deux de ses héritiers, le service précédemment établi, et qui n'était, alors que les deux fonds appartenaient à un seul maître, que le libre usage du droit de propriété, se transforme en une véritable servitude. La loi suppose qu'il a été tacitement entendu entre les parties que les choses resteraient dans l'état où elles étaient au moment où elles ont cessé d'appartenir au même propriétaire. C'est ce qui a fait dire que « la destination du père de famille ***vaut titre*** ». Elle vaut titre, en ce sens qu'elle fait supposer l'existence d'un titre.

Toutefois, cette présomption n'a lieu qu'à l'égard des arrangements susceptibles de constituer des servitudes ***continues et apparentes***. Prenons pour exemple l'espèce suivante : Le propriétaire d'une maison y établit des jours sur un jardin qui lui appartient et qui joint immédiatement sa maison : s'il vend son jardin ou sa maison, les choses restent dans l'état où il les a mises : le jardin demeure, dans ses mains ou dans celles de l'acquéreur, asservi au profit de la maison.

A quelles servitudes s'applique ce mode d'acquisition ?

1829. — Celui qui invoque la destination du père de famille comme cause constitutive d'une servitude doit prouver :

Que doit prouver celui qui invoque la destination du père de famille ?

1° « Que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire ;

2° « Que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. »

« *Que c'est par lui...* » Si donc cet arrangement est le fait d'un usufruitier, d'un locataire ou d'un fermier, qui l'a établi à l'insu du propriétaire, la destination du père de famille n'a point lieu.

Quid, si le propriétaire, au lieu de *mettre* les choses en l'état qui constitue la destination du père de famille, les a *laissées* dans cet état?

« Ont été *mises* en l'état... » Ajoutez, ou *laissées* : car il y a absolument même raison de décider. Il n'existe, en effet, aucune différence entre le cas où le maître de deux héritages a lui-même assujetti l'un d'eux au service de l'autre, et le cas où il a maintenu un assujettissement préexistant. L'antériorité de cet assujettissement en rend l'utilité plus évidente : elle fortifie donc, plutôt qu'elle ne l'affaiblit, la présomption que la loi tire de la destination du père de famille (1).

Par quelles preuves peut-on établir les deux faits constitutifs de la destination du père de famille?

1830. — Je viens de dire les deux faits que doit prouver celui qui invoque la destination du père de famille. Mais comment devra-t-il faire cette preuve? Les Coutumes de Paris et d'Orléans n'admettaient en cette matière que la preuve *par écrit*. Le Code ne contenant à cet égard rien de particulier, on en a conclu que les deux faits constitutifs de la destination du père de famille peuvent être établis par toute espèce de preuve.

Art. 694.

L'art. 694, portant que, si le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il existe un signe *apparent* de servitude, dispose de l'un d'eux sans que le titre d'aliénation contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister, est-il en contradiction avec les art. 692 et 693?

Comment peut-on concilier leurs dispositions?

En d'autres termes, quelle espèce est prévue dans l'art. 692? quelle espèce dans l'art. 694? et quelle différence y a-t-il entre ces deux espèces?

1831. — Après avoir dit, dans l'article 692, que la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes *continues et apparentes*, et déclaré, dans l'article 693, qu'il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé, d'une part, que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, d'autre part, que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude; le Code ajoute, dans l'article 694, que, « si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un *signe* APPARENT de servitude, dispose de l'un des héritages *sans que le contrat* (lisez le *titre* ou l'*écrit* qui constate le contrat) *contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister* activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné ».

1832. — Cette dernière disposition a donné lieu à une difficulté qui, aujourd'hui encore, divise les auteurs.

L'espèce prévue et réglée dans l'article 694 paraît avoir tous les caractères de la destination du père de famille : il semble donc qu'elle n'est qu'une application des dispositions plus générales des articles 692 et 693. Cependant, tandis que les articles 692 et 693 exigent, pour l'établissement de la servitude, qu'elle soit *tout à la fois continue et apparente*, l'article 694 n'exige, lui, qu'un seul de ces caractères : l'*apparence*. Y a-t-il contradiction? Est-il, au contraire, possible de concilier ces deux dispositions? Plusieurs interprétations ont été proposées.

Quelques-uns, ne voulant voir dans l'article 694 qu'un oubli, y suppléent la condition de *continuité* exigée par l'article 692 (2). —

(1) MM. Aubry et Rau, t. III, § 252, note 2; Laurent, t. VIII, n° 177.

(2) Maleville, sur l'art. 694; Delvincourt, t. I, p. 417 et 418; M. Villequez, *Revue historique*, t. V (1859), p. 197 et suiv.

Cette interprétation n'a pas eu de succès. On a, avec raison, fait remarquer que, dans le système qu'elle consacre, l'article 694 serait complètement inutile et sans objet, puisqu'il ne ferait que répéter en d'autres termes la disposition de l'article 693.

D'autres ont prétendu que l'article 693 vise le cas où les deux héritages ont été séparés par l'effet d'un *partage* entre les héritiers de l'ancien propriétaire, tandis que l'article 694 suppose que la séparation a eu lieu par un acte de *disposition* émané du propriétaire lui-même, c'est-à-dire par l'effet d'une vente, d'une donation ou de tout autre acte d'aliénation. Dans la première hypothèse, la servitude n'est constituée qu'autant qu'elle est continue et apparente; dans la seconde, il suffit qu'elle soit apparente (1). — Cette interprétation a paru trop arbitraire; elle a été abandonnée comme la première.

Deux autres systèmes sont restés en présence. Dans l'un et l'autre, on s'accorde à reconnaître, 1° que la condition d'apparence suffit pour l'établissement de la servitude, dans l'hypothèse prévue par l'article 694; 2° qu'il y a, dans l'espèce réglée par cet article, quelque chose de particulier, une circonstance qui ne se rencontre pas dans l'espèce de l'article 693. En quoi consiste ce quelque chose de particulier, cette circonstance qui différencie les deux cas? Là est le débat!

1833. — PREMIER SYSTÈME. — L'article 693 règle le cas de l'*établissement,* l'article 694, le cas du *rétablissement* d'une servitude. L'*établissement* d'une servitude par la destination du père de famille exige une double condition, la *continuité* et l'*apparence*. Pour le *rétablissement* d'une ancienne servitude, la condition d'*apparence* suffit.

Faisons les deux espèces prévues :

1° Le propriétaire de deux héritages a *créé* entre eux un rapport qui constituerait une servitude s'ils appartenaient à deux maîtres différents. Ces deux héritages viennent-ils à être séparés : le rapport *créé* par leur ancien maître deviendra une servitude, *s'il a le caractère des servitudes continues et apparentes*. Telle est l'hypothèse prévue par les articles 692 et 693.

2° Une servitude existe entre deux fonds. Ces deux fonds viennent-ils à se réunir dans la même main : la servitude se trouve éteinte par confusion (art. 705). Viennent-ils de nouveau à être séparés : alors se présente la question de savoir si l'ancienne servitude continuera d'exister. Telle est la question sur laquelle la loi statue dans l'article 694. Suivant le droit romain, l'ancienne servitude restait éteinte, *à moins que l'acte qui avait opéré la division des deux héritages ne contînt une clause expresse de son rétablissement*. Les rédacteurs du Code, supprimant la nécessité de

(1) M. Sacaze, *Revue de législ.*, t. III (1851), p. 247 et suiv. Ce système a été consacré par plusieurs Cours d'appel : voy. notamment l'arrêt de la Cour de Metz, du 3 juin 1858 (Sir., 58,2,657).

cette stipulation expresse, ont décidé que, dans le cas où l'acte de séparation ne contient aucune clause contraire au rétablissement de la servitude, elle est alors de plein droit rétablie, *s'il existait d'ailleurs, au moment où les deux héritages ont été séparés, un signe apparent de son existence*. La loi présume que les parties, averties par l'apparence de la servitude, ont voulu maintenir les fonds dans la situation même qu'ils avaient au moment de l'aliénation. Si elles n'ont pas formellement manifesté cette intention, c'est que, *la chose parlant d'elle-même,* ainsi que le disait M. Albisson au Tribunat (Fenet, t. II, p. 328), elles ont pensé qu'il était inutile de s'en expliquer expressément.

Ainsi, les articles 692 et 693 visent le cas où les deux héritages, libres de toute ancienne servitude, ont été mis par le propriétaire lui-même dans un rapport qui serait une servitude s'ils n'appartenaient pas à un seul maître. L'article 694 se réfère au cas où le propriétaire a trouvé établi entre deux héritages un rapport qu'il a laissé subsister, et qui anciennement, alors que les deux fonds appartenaient à deux maîtres différents, avait constitué une servitude (1).

1834. — On peut objecter contre ce système que l'autorité de M. Albisson, si grande qu'elle soit, ne suffit pas pour faire accepter son explication, si elle pèche en quelque point essentiel : car, après tout, l'opinion de ce tribun n'a et ne peut avoir que la force d'un avis individuel. Or, le système de M. Albisson repose tout entier sur une distinction qui est purement arbitraire et qui n'a aucune raison d'être. Quelle différence réelle y a-t-il, en effet, entre le cas où le maître de deux héritages, les asservissant l'un à l'autre, manifeste cet asservissement par un signe extérieur, et le cas où il maintient, en le laissant subsister, le signe apparent d'un asservissement antérieur à l'époque où il a réuni les deux héritages dans sa main? N'est-il pas évident que les deux cas sont, au fond, absolument identiques? Pourquoi donc leur appliquer des règles différentes? Pourquoi l'existence d'un signe apparent de servitude au moment de l'aliénation qui sépare les deux héritages serait-elle une circonstance indicative, tantôt de l'intention présumée des parties de maintenir la servitude, tantôt de ne la point maintenir? Jamais personne ne parviendra à donner la justification d'une semblable distinction! Or, toute distinction qui n'a point de raison d'être est rationnellement impossible, et, comme telle, inacceptable.

Mais, dit-on, le texte de l'article 694 est conforme au système qui vient d'être exposé! la loi, en effet, y traite, non pas de l'*établissement* d'une servitude nouvelle, mais du *rétablissement* d'une ancienne servitude : cela résulte des mots *continuera d'exister,* dont elle se sert.

(1) MM. Zach., t. II, p. 87; Marc., sur l'art. 694; Laurent, t. VIII, nos 184 et suiv.

On peut répondre que ces mots *continuera d'exister* ne prouvent absolument rien. Car, si la loi avait eu en vue l'hypothèse et la pensée qu'on lui prête, au lieu de dire : l'ancienne servitude *continuera d'exister,* elle eût dit : l'ancienne servitude *revivra, reprendra son cours.*

1835. — Deuxième système. — Suivant les Coutumes de Paris et d'Orléans, la destination du père de famille faisait présumer l'intention des parties d'établir la servitude; mais il fallait pour cela présenter le titre qui avait opéré la séparation des héritages, afin qu'on pût s'assurer qu'il ne contenait rien de contraire à la destination qu'on invoquait, c'est-à-dire aucune réserve contre l'établissement de la servitude. Les rédacteurs du Code ont, sur ce point, fait une distinction : si la servitude est tout à la fois *continue* et *apparente,* il n'est pas nécessaire que celui qui invoque la destination du père de famille rapporte l'acte qui a opéré la séparation des deux héritages; que si, au contraire, la servitude est simplement *apparente,* sans continuité, alors la destination du père de famille ne peut servir à l'établir qu'autant qu'il est prouvé que le titre de séparation des héritages ne contient aucune réserve contre l'établissement de la servitude, *ce qui nécessite la représentation de ce titre.*

Comprenons bien ce qui différencie les deux cas :

Un propriétaire a *créé* ou *maintenu,* entre deux héritages qui lui appartiennent, un rapport qui constituerait une servitude si les fonds appartenaient à deux personnes différentes; plus tard, les deux fonds viennent à être séparés. Alors se présente la question suivante : A-t-il été entendu entre les parties que les choses resteraient dans l'état où elles étaient au moment de l'aliénation? Cette supposition est assez naturelle, lorsque le rapport dont il s'agit était marqué par un signe apparent. Cependant, il est possible que l'acte de séparation contienne quelque clause contraire à l'établissement de la servitude. Un doute existe donc.

Si l'acte de séparation ne peut pas être représenté par celui qui invoque la destination du père de famille, ce doute subsistant, la loi ne passe outre qu'autant que la servitude dont on affirme l'établissement est tout à la fois continue et apparente. C'est l'hypothèse des articles 692 et 693.

Que si, au contraire, l'acte de séparation étant représenté, il est reconnu qu'il ne contient aucune réserve contraire à la servitude, ce silence du titre donne à la présomption que la loi tire de la destination du père de famille un degré de force qui touche presque à l'évidence. Il suffit alors, pour que l'établissement de la servitude reste définitivement présumé, que le rapport duquel on l'induit soit indiqué par un signe apparent. Telle est l'hypothèse qui est réglée dans l'article 694.

Ainsi, ce qui différencie les deux cas, c'est que, dans l'hypothèse prévue par l'article 694, celui qui invoque la destination du père de famille justifie, par la représentation de l'acte de sépa-

ration (ce qui n'a pas lieu dans l'espèce de l'article 693), qu'il n'a rien été dit, au moment de la séparatiou des héritages, de contraire à l'établissement de la servitude (1).

En résumé, quelles servitudes s'acquièrent par *titre?*
Quelles par la *prescription?*
Quelles par la *destination du père de famille?*

1836. — En résumé, la loi reconnaît trois modes d'acquisition des servitudes, savoir :

1° Le titre exprès, qui s'applique à toute espèce de servitudes;

2° La prescription, qui ne s'applique qu'aux servitudes *continues* et *apparentes;*

3° La destination du père de famille, qui ne s'applique qu'aux servitudes *continues* et *apparentes,* lorsque l'acte de séparation des deux héritages n'est pas représenté, mais qui, dans le cas contraire, peut servir à établir des servitudes *apparentes,* quoique *discontinues.*

39e *Répétition.*

SECTION III. — DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE.

Art. 686 *in fine.*

Comment se déterminent l'étendue et le mode d'exercice de la servitude?

1837. — Lorsqu'il n'existe point de titre constitutif de la servitude, ou que le titre qui existe n'explique pas ou n'explique qu'imparfaitement l'étendue et le mode d'exercice de la servitude, on les détermine alors par les règles suivantes :

Art. 696.

A quoi est réputé s'engager celui qui constitue une servitude?

1838. — 1° L'établissement d'une servitude implique la concession de tout ce qui est nécessaire pour en user : *qui veut la fin veut le moyen.* Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte implicitement le droit de passage. — Remarquez que ce droit de passage n'est qu'un accessoire de la servitude à laquelle il est attaché, et qu'ainsi il ne lui survivrait pas si, par une cause quelconque, elle venait à s'éteindre.

Art. 697.

Le propriétaire du fonds dominant peut-il faire sur le fonds servant les ouvrages nécessaires pour l'exercice et la conservation de la servitude ?

1839. — 2° Par suite du même principe, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire, même sur le fonds servant, tous les ouvrages nécessaires pour l'exercice et pour la conservation de la servitude. Si, par exemple, dans l'hypothèse d'une servitude de passage, le chemin est marécageux, il peut le faire paver.

Art. 698.

A la charge de qui sont les frais de ces ouvrages?
Peut-on, par une convention particulière, déroger au principe?

Les ouvrages qu'il a le droit de faire pour l'exercice et la conservation de la servitude sont à ses frais. Telle est la règle générale; mais il est permis d'y déroger.

Toutefois, dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages dont il vient d'être parlé, il peut toujours s'affranchir de l'obligation dont il s'est chargé, *en abandonnant le fonds assujetti* au propriétaire du fonds dominant (voy., sous le n° 1657, l'explic. de cette disposition).

Art. 699.

Dans ce cas, le pro-

(1) Dem., *Thémis*, t. VI, p. 473; *Cours anal.*, t. II, n° 549 *bis;* Dur., t. V, n° 572; Bug., à son cours; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 694; Demol., t. II, n° 821; Aubry et Rau, t. III, § 252, note 9. — La Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens, notamment par son arrêt du 2 mai 1876, au rapport de M. Guillemard (Sir., 1876, 1,359).

« En abandonnant le *fonds assujetti*... » Que faut-il ici entendre par *fonds assujetti?* L'abandon qu'il faut faire pour s'affranchir de l'obligation jointe accessoirement à la servitude doit-il comprendre le fonds tout entier, ou seulement la partie affectée à l'exercice de la servitude?

priétaire du fonds servant peut-il s'affranchir de son obligation par l'abandon du fonds?
Pourquoi le peut-il?
Que faut-il qu'il abandonne pour s'affranchir de son obligation?
Est-ce le fonds tout entier, ou seulement la partie du fonds affectée à l'exercice de la servitude?

Il arrive fréquemment que le *fonds assujetti* et la portion de terrain nécessaire à l'exercice de la servitude se confondent et ne font qu'une seule et même chose. Supposons, par exemple, qu'une servitude de passage ait été consentie, et que, dans l'acte même par lequel elle a été constituée, on ait spécialement désigné la partie du fonds sur laquelle le chemin devra être établi : la servitude ainsi constituée affecte, non pas le fonds tout entier, mais simplement la partie de terrain désignée pour l'établissement du chemin. Le *fonds assujetti* et la portion de terrain nécessaire à l'exercice de la servitude ne font qu'une seule et même chose. Il ne peut donc, dans ce cas, y avoir aucune difficulté : ce qui doit être abandonné, c'est uniquement ce qui est nécessaire à l'exercice de la servitude.

D'autres fois, il arrive que le fonds tout entier est nécessaire à l'exercice de la servitude : le fonds tout entier, alors, doit être abandonné. Je vous ai concédé le droit de faire paître le bétail de votre domaine dans mon champ, et je me suis engagé à y faire tous les travaux nécessaires à son entretien : le fonds tout entier est grevé de la servitude, tout entier il est nécessaire à son exercice. C'est donc le fonds tout entier que je dois abandonner, si je veux me décharger de mon obligation. Dans ce cas encore, point de difficulté.

1840. — Mais il se peut qu'une servitude qui n'exigerait qu'une portion du fonds pour son exercice ait été constituée sur le fonds tout entier. Supposons, par exemple, qu'une servitude de passage ait été constituée sur un fonds en termes généraux, c'est-à-dire sans désignation de la portion de terre sur laquelle le chemin devra être établi : les parties devront alors s'entendre après coup, pour désigner la partie du fonds sur laquelle la servitude devra être exercée. Dans ce cas, le *fonds assujetti* n'est point seulement la portion de terrain sur laquelle la servitude s'exerce; c'est le fonds tout entier. Il semble donc que le fonds tout entier devrait être abandonné. Cette conséquence, bien qu'en apparence fort logique, ne doit pas cependant être admise; et voici pourquoi : lorsque la portion de terrain sur laquelle doit s'exercer la servitude a été déterminée, cette assignation est définitive : le propriétaire du fonds dominant n'a pas le droit de la changer et de la porter sur une autre partie du fonds, tant que celle qui a été désignée suffit à l'exercice de la servitude. C'est donc désormais à cette partie du fonds qu'est, dans le présent du moins, limitée la servitude; les autres parties n'en sont tenues que conditionnellement, et pour le cas seulement où le passage actuellement établi viendrait à être détruit par suite de quelque cas for-

tuit. Ainsi, quant à présent, le fonds assujetti, c'est la portion de terrain qui a été affectée à l'exercice de la servitude. Il suffit donc de l'abandonner pour se soustraire à l'obligation stipulée comme accessoire de la servitude, sauf à fournir un autre passage sur le même fonds, si plus tard quelque accident vient à détruire celui qui est établi (1).

Art. 700.

Lorsque le fonds dominant vient à être partagé entre plusieurs propriétaires, la servitude est-elle due pour le tout à chacune des portions?

Quelle distinction faut-il faire à cet égard?

1841. — 3° Le partage du fonds dominant entre plusieurs propriétaires étant à l'égard du fonds servant *res inter alios acta,* la servitude reste, après le partage, ce qu'elle était auparavant; elle n'a ni plus ni moins d'étendue.

Ainsi, lorsqu'après avoir appartenu à un seul, le fonds dominant vient à être divisé entre plusieurs, la servitude, qui, avant le partage, était due au fonds tout entier, est due maintenant à chacune de ses portions, sans que la condition du fonds servant puisse être aggravée. Par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, il devra être exercé dans le même endroit, par chacun de ceux auxquels aura été allouée une portion du fonds dominant. Il est vrai que, la servitude étant alors exercée par *plusieurs,* tandis qu'elle ne l'était auparavant que par *un seul,* la servitude devient plus incommode, ce qui semble aggraver la condition du fonds servant; mais il est facile de comprendre que cette objection n'a aucun fondement, si l'on considère que, la servitude ayant été constituée, non point pour l'utilité du maître actuel du fonds dominant, mais pour le fonds lui-même, et, par conséquent, sans limitation des personnes qui pourraient être appelées à l'exercer, ce n'est pas l'aggraver que la faire exercer par plusieurs, dans la limite des besoins du fonds dominant.

1842. — Lorsque l'exercice de la servitude consiste en un fait qui, au lieu d'être indivisible, comme le passage, est divisible, comme le fait de prendre chaque année tant de mesures de sable dans le fonds servant, le bénéfice de la servitude est alors partagé entre les copartageants du fonds dominant, proportionnellement à la portion qui a été allouée à chacun d'eux. Il ne faut pas, en effet, confondre l'indivisibilité du *droit* de servitude avec l'indivisibilité du *fait* par lequel on l'exerce. Sans doute, la servitude est indivisible, en ce sens qu'elle est due pour chacune des portions du fonds dominant; mais il ne suit pas de là que l'exercice de la servitude soit indivisible dans tous les cas. Quoi de plus naturellement divisible, en effet, que l'exercice du droit de prendre dans un fonds tant de mesures d'eau, ou d'y mener paître tant de têtes de bétail par chaque jour?

Qu'arrive-t-il lorsque c'est le fonds servant qui vient à être divisé?

Dans ce cas, la servitude est-elle limitée à la portion du fonds qui, primitivement,

1843. — La loi ne parle pas de la division du fonds servant. Mais il est évident que le principe *res inter alios acta* la régit tout aussi bien que la division du fonds dominant.

Quelques personnes pensent cependant que, dans le cas où la servitude de passage a été assignée sur une partie du fonds qui,

(1) M. Val., à son cours. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. III, § 253, note 10.

dans le principe, a été assujetti tout entier, le lot dans lequel se trouve cette partie du fonds restera seul grevé de la servitude. Je ne saurais admettre cette décision. Dans l'espèce, le fonds tout entier était grevé de la servitude; or, sa division n'a pas pu altérer le droit du propriétaire du fonds dominant. Toutes les parties du fonds assujetti restent donc, après le partage, tenues comme elles l'étaient auparavant : l'une, celle qui a été affectée à l'exercice de la servitude, sans aucune condition; les autres, sous cette condition seulement, ***si la partie sur laquelle le chemin est actuellement établi est plus tard détruite ou rendue impraticable par quelque cas fortuit*** (voy. le n° 1840) (1).

avait été affectée à son *exercice?* Ainsi, à supposer que cette portion soit mise en entier dans un lot, ce lot sera-t-il seul tenu de la servitude?

1844. — 4° Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut ni changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Toutefois, cette règle, dont l'application trop rigoureuse pourrait devenir préjudiciable au propriétaire du fonds servant sans procurer aucun profit au propriétaire du fonds dominant, reçoit un tempérament d'équité : « Si, porte l'article 701, l'assignation primitive donnée à l'exercice de la servitude devient plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêche d'y faire des réparations avantageuses, il peut offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne peut pas le refuser. »

Art. 701.

Le propriétaire du fonds servant peut-il faire sur son héritage des actes qui pourraient diminuer l'usage de la servitude ou le rendre plus incommode?

Peut-il transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée?

Cette règle ne reçoit-elle pas un tempérament?

1845. — 5° De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire ni dans le fonds servant, ni dans le fonds dominant, de changement qui aggrave la condition du premier. Cependant, et bien que la loi ne le dise pas expressément, nous croyons pouvoir décider, par un argument d'analogie tiré de la règle précédente, qu'il aurait le droit, dans le cas où l'assiette primitive de la servitude deviendrait, par suite de quelque circonstance, trop gênante ou trop incommode, d'en obtenir le changement, pourvu, bien entendu d'ailleurs, que ce changement n'apportât aucun préjudice au propriétaire du fonds servant (2).

Art. 702.

Le propriétaire du fonds dominant ne doit-il pas s'abstenir des actes qui pourraient aggraver la servitude?

Quid, si l'assiette primitive de la servitude devient, par suite de quelque accident, trop gênante ou trop incommode pour lui?

1846. — 6° Lorsque la servitude a été constituée par prescription, son étendue se détermine par la règle ***tantum præscriptum quantum possessum***. Si, par exemple, vous avez, pendant trente ans, possédé, à la distance prohibée, deux jours de telle hauteur et de telle largeur, vous ne pourrez augmenter ni le nombre, ni la hauteur, ni la largeur de vos jours.

Comment détermine-t-on l'étendue et le mode d'exercice des servitudes constituées par la prescription?

1847. — 7° Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, il faut, pour en déterminer l'étendue et le

De celles qui ont été acquises par la destination du père de famille?

(1) M. Val., à son cours.

(2) M. Val., à son cours; M. Laurent, t. VIII, n° 265. — M. Dur. (t. V, n° 623 *ter*) est d'un avis contraire; voy. aussi M. Demol., t. II, n° 845.

mode d'exercice, consulter l'ancien état de choses duquel est née la servitude.

D'après quelles règles doivent être jugées les difficultés que la loi n'a pas prévues ?

1848. — 8° Si quelque difficulté se présente que la loi n'ait point prévue et réglée, les tribunaux sont alors appelés à la résoudre. Deux règles générales doivent servir de guide à leurs décisions :

La première, qu'il faut, autant que possible, concilier l'avantage du fonds dominant avec la commodité du fonds servant. Ainsi, celui qui a un droit de passage, sans que le titre marque la partie du fonds sur laquelle il pourra passer, n'a pas le droit de choisir son passage où il lui plaît ; et réciproquement celui qui doit le subir n'a point la liberté de fixer arbitrairement le lieu sur lequel le passage devra être établi : s'ils ne s'entendent pas sur ce point, la justice jugera *ex æquo et bono*.

La seconde, que, dans le doute, c'est en faveur du propriétaire du fonds assujetti qu'il faut se prononcer : car la liberté des héritages, c'est-à-dire le droit commun, est bien plus favorable que leur assujettissement.

Section IV. — Comment s'éteignent les servitudes.

Quelles sont les causes d'extinction des servitudes ?

1849. — Nous trouverons sous cette Section trois causes d'extinction des servitudes, savoir :

1° L'*impossibilité d'user* (art. 703 et 704) ;

2° La *confusion* (art. 705) ;

3° Le *non-usage pendant trente ans* (art. 706 à 710) (1).

I. — *De l'impossibilité d'user.*

Art. 703 et 704.

Qu'arrive-t-il lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on

1850. — « Les servitudes *cessent* lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user. »

Cette énumération est-elle limitative ? N'existe-t-il point d'autres causes d'extinction des servitudes ?

(1) Les servitudes s'éteignent encore :

1° Par l'*arrivée du terme* ou par l'*événement de la condition*, lorsqu'elles ont été constituées pour un certain temps ou sous condition résolutoire ;

2° Par la *renonciation* expresse ou tacite. La renonciation est tacite, lorsque celui à qui la servitude est due permet de faire, sur le fonds servant, des travaux qui en supposent l'affranchissement. — Expresse ou tacite, elle n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où elle a été transcrite (art. 2-2° de la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription en matière hypothécaire*) ;

3° Par la *résolution* rétroactive du droit de celui qui l'a constituée (voy. le n° 1636).

Quid, si le droit de propriété est résolu rétroactivement dans la personne de celui au profit duquel la servitude a été constituée? Il faut, je crois, décider qu'en principe, la servitude subsiste. Il l'avait, en effet, stipulée dans l'intérêt du fonds, dont il a été, en quelque sorte, le représentant ou le gérant d'affaires : elle est donc acquise au fonds, et, par conséquent, à quiconque le possède ou le possédera (M. Demol., n° 759). Toutefois, s'il était démontré que le constituant ne l'a consentie qu'en considération de la personne du possesseur qui l'a stipulée, et dans l'ignorance de la condition résolutoire à laquelle le droit de celui-ci était soumis, la servitude alors devrait tomber par suite de la révocation du droit du stipulant. L'art. 1110 recevrait ici son application ordinaire.

Mais « elles *revivent*, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, *ainsi qu'il est dit à l'article* 707 ».

ne peut plus user de la servitude ?
Quid, si elles sont rétablies de manière qu'on puisse en user ?
Est-il alors exact de dire que la servitude *revit* ?

« *Cessent... revivent...* » Ces expressions ne sont point exactes. Lorsque l'état des lieux devient tel que l'usage de la servitude est impossible, la servitude ne cesse pas pour cela d'exister; il y a interruption dans l'*exercice* du droit, mais le *droit* subsiste. Si donc la nécessité de fait qui est venue en entraver, en paralyser l'exercice, vient à son tour à cesser, la servitude ne *revivra* point, puisqu'elle n'a pas été éteinte, mais elle reparaîtra, elle reprendra son cours.

Toutefois, ce défaut d'exercice amènera, s'il se prolonge pendant trente ans, l'extinction même de la servitude; mais alors elle sera éteinte par l'effet du *non-usage,* conformément à l'article 706.

Quid, si les choses n'ont été rétablies dans leur état primitif qu'après plus de trente ans?

Ainsi, le fonds servant ou le fonds dominant vient-il à périr ou à être détruit, la source où le voisin avait le droit de puiser de l'eau vient-elle à tarir : l'*exercice* de la servitude, rendu impossible par le changement survenu dans l'état des lieux, reste suspendu tant que ce nouvel état subsiste. Si cet obstacle à l'exercice de la servitude vient à cesser, si le fonds qui a péri est rétabli dans son état primitif, si la source qui était tarie reparaît, la servitude reprendra son cours ; mais il faudra pour cela que ce rétablissement des choses dans leur état primitif ait lieu *dans les trente ans*. Sinon, la servitude est *définitivement* éteinte par l'effet du non-usage continué pendant le temps prescrit par l'article 706.

II. — *De la confusion.*

Art. 705.

1851. — La confusion est la réunion dans la même personne de deux qualités qui, étant incompatibles entre elles, se détruisent réciproquement; appliquée aux servitudes, la confusion est la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire du fonds dominant et de celle de propriétaire du fonds servant. Lorsque cette réunion a lieu, la servitude est éteinte, car un propriétaire ne peut pas avoir une servitude sur son propre fonds : *Res sua nemini servit;* l'exercice de l'ancienne servitude devient alors l'exercice du droit de propriété.

Qu'arrive-t-il lorsque, par une cause quelconque, le fonds dominant et le fonds servant se trouvent réunis dans la même main ?
Quid, si cette confusion vient à cesser

Ainsi, lorsque, par une cause quelconque, le propriétaire du fonds dominant acquiert le fonds servant, ou réciproquement, la servitude cesse d'exister.

Mais la confusion peut elle-même cesser. La servitude revivra-t-elle alors? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer si la cessation de la confusion a eu lieu *ex antiquâ causâ* ou *ex causâ novâ*.

La confusion cesse *ex antiquâ causâ*, lorsque l'acquisition qui

l'avait produite se trouve *révoquée, rescindée* ou *résolue*, par suite d'une condition ou d'un vice qui, dès le principe, était en elle. Dans ce cas, l'acquisition, et la confusion qu'elle avait produite, étant réputées n'avoir jamais existé, les choses se trouvent remises au même état qu'auparavant : la servitude est donc réputée n'avoir jamais cessé d'exister.

J'ai acquis le fonds A, sur lequel j'avais une servitude. Si cette acquisition a été faite sous une condition résolutoire, expresse ou tacite, si elle m'a été consentie par un incapable, ou, enfin, si elle est infectée du vice de dol, de violence ou d'erreur, elle n'est pas irrévocable. Supposons-la anéantie par l'effet d'une des causes qui la rendent révocable, résoluble ou rescindable : elle sera alors réputée n'avoir jamais existé ; la confusion qu'elle avait produite se trouvera ainsi elle-même révoquée, non seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé. Les choses, et avec elles la servitude, seront donc remises au même état qu'auparavant (voy. l'explic. de l'art. 1183) (1).

La confusion cesse *ex causâ novâ,* lorsque la cause qui la fait cesser n'est point née avec l'acquisition même qui l'avait produite. J'ai acquis le fonds A, sur lequel j'ai une servitude ; plus tard, je vends, je donne ou je lègue ce même fonds, soit à son ancien propriétaire, soit à une autre personne : dans ce cas, la confusion, étant née d'une acquisition qui a produit tout son effet, a elle-même produit tout le sien. La servitude est et reste éteinte.

Toutefois, et à supposer qu'elle fût, alors qu'elle existait, *continue et apparente,* elle revivra par la destination du père de famille, si le propriétaire dans la personne duquel s'était produite la confusion a maintenu les deux héritages dans leur rapport d'asservissement de l'un à l'autre, jusqu'au moment de l'aliénation qui les a de nouveau séparés (art. 693). Bien plus, si le titre de l'aliénation qui a fait cesser la confusion était représenté, et qu'il ne contînt rien de contraire au rétablissement de la servitude, il suffirait, pour qu'elle fût rétablie, que l'ancien maître eût laissé subsister un signe apparent de son existence : dans ce cas, quoique *discontinue,* elle serait rétablie (art. 694).

III. — *Du non-usage pendant trente ans* (2).

Art. 706.

Qu'arrive-t-il lorsque

1852. — La loi est plus favorable à l'*extinction* des servitudes

(1) La loi fait elle-même l'application de cette idée lorsqu'elle dit dans l'art. 2177 : « Les servitudes et droits réels que le tiers-détenteur avait sur « l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après « l'adjudication faite sur lui. »

(2) Nous étudierons, au Titre *De la prescription* (voy. le 3e vol., nos 1952 à 1955), la question de savoir si les servitudes s'éteignent par la prescription de dix ou vingt ans, acquise au profit d'un tiers qui a possédé le fonds servant en vertu d'un juste titre et de bonne foi.

qu'à leur *acquisition*. La prescription, en effet, ne peut faire acquérir que les servitudes continues et apparentes ; le non-usage, au contraire, éteint toute espèce de servitudes.

le propriétaire du fonds dominant est resté pendant trente ans sans exercer la servitude ?

Les trente ans de non-usage courent, dans tous les cas, *du jour où le propriétaire du fonds dominant a cessé de jouir de la servitude*.

Ce jour varie suivant qu'il s'agit d'une servitude *discontinue* ou d'une servitude *continue*.

Art. 707.

A partir de quel moment les trente ans commencent-ils à courir ?

1853. — La servitude discontinue ayant besoin, pour son exercice, du fait actuel de l'homme (voy le nº 1814), dès que le fait du propriétaire du fonds dominant vient à cesser, il y a *non-usage*. Le point de départ des trente ans est, par conséquent, *le dernier acte d'exercice de la servitude*. Ainsi, dans l'hypothèse d'une servitude de passage, les trente ans courent du jour où le propriétaire du fonds dominant a pour la dernière fois passé sur le fonds servant.

1854. — Quant aux servitudes continues, leur exercice, tenant à l'état même des lieux, est en quelque sorte inhérent à l'existence même de la servitude, et indépendant du fait de l'homme. L'inaction du propriétaire du fonds dominant ne peut donc point, à elle seule, constituer le *non-usage*. Il faut, de plus, qu'il ait été fait, soit par le propriétaire du fonds dominant, soit par le propriétaire du fonds servant, car la loi ne distingue pas, *un acte contraire à l'exercice de la servitude,* c'est-à-dire, qui soit de nature à constituer l'héritage servant *en possession de liberté*.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une servitude de vue, bien que vous soyez absent de votre maison, et que vous teniez vos fenêtres closes et à volets, l'exercice de la servitude n'est point pour cela interrompu : car il consiste, non pas dans l'action de regarder, mais dans l'existence même des fenêtres, qui continuent d'exister, quoique fermées. Les choses pourraient donc rester en cet état pendant trente ans sans que la servitude subît aucune atteinte dans son existence. Que si, au contraire, vous faites disparaître vos fenêtres en les bouchant, si vous abattez le mur dans lequel elles sont établies, ou si votre voisin élève un mur qui les obstrue complètement, il y a alors non-usage et, par suite, extinction de la servitude, en supposant que ce nouvel état des lieux continue pendant trente ans sans réclamation de votre part.

Le non-usage pendant trente ans éteint-il la servitude, non seulement lorsqu'il a été *volontaire* de la part du propriétair mais encore lorsqu'il a été *forcé* ?

1855. — Le *non-usage* continué pendant trente ans éteint-il la servitude, non seulement lorsqu'il a été *volontaire* de la part du propriétaire du fonds dominant, mais encore dans le cas où il a été *forcé ?* En d'autres termes, lorsque l'usage de la servitude a été supprimé par un obstacle que le propriétaire du fonds dominant n'a pu empêcher ni faire cesser, la servitude reprendra-t-elle son cours, si plus tard les choses sont rétablies dans leur état primitif, quoique d'ailleurs l'obstacle qui en avait interrompu l'usage ait duré plus de trente ans?

Quelques personnes pensent que le non-usage n'éteint défini-

tivement la servitude qu'autant qu'il a été *volontaire,* et qu'ainsi, dans le cas où il a été *forcé,* la servitude est de plein droit rétablie, si les choses sont, *même après plus de trente ans,* remises dans leur premier état.

Cette solution repose sur deux idées principales :

1856. — 1° L'extinction de la servitude par le non-usage a pour fondement la présomption que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à son droit; or, lorsque le non-usage a été *forcé,* cette présomption est impossible!

Lorsque le propriétaire du fonds dominant néglige d'user de la servitude, sans que rien s'oppose à l'exercice de son droit, ou lorsque l'obstacle qui l'empêche d'en user est de telle nature qu'il soit en son pouvoir de le faire cesser, soit par son propre fait, par exemple, en rétablissant les fenêtres qu'il avait bouchées, soit par les voies judiciaires, en faisant ordonner la démolition du mur par lequel le propriétaire du fonds servant les avait obstruées, il est naturel de supposer, s'il reste ainsi dans l'inaction pendant trente ans, qu'il a tacitement fait l'abandon de son droit.

Mais, s'il n'a cessé d'user de la servitude que parce qu'il y a été contraint par un obstacle qu'il ne pouvait ni prévenir ni faire cesser; si, par exemple, la source à laquelle il avait le droit de puiser de l'eau est tarie, si le fonds servant a été détruit par quelque cas fortuit, son inaction, ne constituant point alors un fait libre et volontaire, ne contient plus l'aveu tacite d'une renonciation à son droit.

1857. — 2° Les articles 704, 706 et 707 se bornent à poser le principe que le non-usage de la servitude en fait présumer l'abandon. Mais quand et à quelles conditions cette présomption a-t-elle lieu? Quand la prescription est-elle suspendue? Nos articles ne le disent point! C'est donc par les règles générales sur la prescription que notre question doit être décidée. Or, selon le droit commun, la prescription ne court point contre ceux qui, ne pouvant pas agir, ne peuvent pas l'empêcher : *contra non valentem agere non currit præscriptio* (1).

1858. — Ce système est trop contraire, d'une part, aux textes de la loi, et, d'autre part, aux principes généraux de la prescription, pour être admis.

a. Il est contraire aux textes de la loi. Les articles 704, 706 et 707 consacrent, en effet, l'*extinction* de la servitude par le non-usage, sans distinguer entre le non-usage *volontaire* et le non-usage *forcé.* L'article 704 suppose même que le non-usage provient d'un cas fortuit qui a détruit le fonds dominant ou le fonds servant : il a été, en effet, copié dans Domat (2), qui prévoyait précisément cette hypothèse. Domat, il est vrai, déclarait que, si l'obstacle venait à cesser, *même après le temps de la prescription,* la servitude

(1) Toull., t. III, n°s 690 et suiv.; Zach., t. II, p. 86; Marc., sur l'art. 707.
(2) *Lois civiles*, liv. I, Titre XII, sect. IV, n° 1.

serait rétablie, sans qu'on pût imputer au propriétaire du fonds dominant de n'avoir pas usé de la servitude tant qu'a duré l'obstacle qui l'a empêché de l'exercer. Mais les rédacteurs du Code n'ont point admis ce tempérament : car, au lieu de le reproduire, ils ont déclaré expressément que la servitude ne serait rétablie qu'autant que les choses seraient remises dans leur ancien état AVANT l'*expiration* du temps prescrit par la loi pour l'extinction de la servitude par le *non-usage,* conformément à l'article 707.

Cette interprétation a d'autant plus de force, qu'outre qu'elle est tirée du texte même de la loi, elle a été donnée par le législateur lui-même. « La raison dicte, disait le tribun Albisson au Tribunat, que les servitudes doivent cesser, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; et, si ce nouvel état vient à cesser, la raison dicte encore qu'elles doivent revivre.

« Mais la liberté des héritages réclamerait contre l'effet de ce retour au premier état, *s'il pouvait avoir lieu après une durée de temps indéfinie.*

« *C'est donc avec justice que la loi déclare* que la servitude ne peut plus revivre, *lorsqu'il s'est écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article* 707 (1). »

La loi a dû le décider ainsi, afin qu'il ne fût point permis à un propriétaire d'élever, après des siècles passés, des prétentions sur les fonds voisins. Cette faculté eût donné lieu à des procès qu'on a dû prévenir dans l'intérêt de la sécurité des propriétés.

1859. — *b. Il est contraire aux principes généraux de la prescription.* Si, en effet, l'impossibilité d'agir empêche la prescription de courir, ce n'est qu'autant que l'obstacle d'où naît cette impossibilité est un obstacle *de droit;* les obstacles *de fait* n'en arrêtent point le cours. Cette distinction est aujourd'hui généralement admise (voy. 3e vol., nos 1892-1894). Or, dans l'espèce, l'obstacle d'où est née pour le propriétaire du fonds dominant l'impossibilité d'exercer la servitude, est un pur obstacle de fait. La maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio* ne peut donc pas le protéger.

Il n'y a d'ailleurs aucune injustice à laisser la prescription courir contre lui : car, si, en fait, il ne peut pas l'empêcher de courir, en exerçant la servitude, il peut, en droit, l'interrompre, soit en se faisant donner par le propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire de la servitude, soit, en cas de refus, en l'assignant à l'effet d'obtenir une reconnaissance judiciaire de son droit (art. 2244 et 2248. — Voy., à ce sujet, le no 1675, et, dans le 3e vol., les nos 1631 et 1916).

Comment le propriétaire du fonds dominant interrompra-t-il la prescription dans le cas où le non usage est *forcé* ?

S'il laisse passer trente ans sans user de ce moyen, son silence

(1) Voy, Fenet, t. II, p. 329.

a le même effet que son inaction dans le cas où le non-usage est volontaire : il fait présumer qu'il a voulu laisser éteindre sa servitude, qu'il y a renoncé (1).

1860. — Ainsi, soit que le non-usage ait été *volontaire,* soit qu'il ait été *forcé,* s'il a duré trente ans, la servitude est et reste définitivement éteinte, à moins que celui auquel elle est due n'ait civilement interrompu la prescription.

Est-il nécessaire pour conserver la servitude, de l'exercer soi-même?

Mais remarquez qu'il n'est pas nécessaire, pour la conservation de la servitude, que celui auquel elle est due l'exerce en personne : qu'elle soit exercée par lui-même, ou qu'elle le soit par une autre personne, par exemple, par des ouvriers agissant en son nom et par son ordre, par un fermier, par un locataire, par un usufruitier, peu importe. Il suffit qu'elle le soit! L'exercice qu'en ferait un possesseur de mauvaise foi suffirait même : car, en l'exerçant, le possesseur a prêté son ministère au fonds, qui est supposé l'avoir exercée, et qui la conserve par ce moyen (2).

Art. 709.

Quid, si, dans le cas où le fonds dominant est *indivis*, la servitude n'est exercée que par l'un des copropriétaires?

1861. — Par application de ce principe, la loi décide que, dans le cas où le fonds dominant est *indivis,* c'est-à-dire *commun* entre plusieurs personnes, il suffit, pour la conservation de la servitude, qu'elle soit exercée par l'un des copropriétaires. Ce propriétaire n'a pas pu d'ailleurs, par deux raisons, retenir la servitude *pour lui* seul et dans la limite du droit indivis qu'il a sur le fonds. D'une part, en effet, il existe entre les copropriétaires d'un fonds commun une obligation qui astreint chacun d'eux à faire ce qui est nécessaire à la conservation de la chose commune et de ses accessoires. D'autre part, chacun d'eux ayant un droit sur chacune des parcelles du fonds, il est impossible que celui qui agit limite à sa portion indivise les actes utiles qu'il fait : il les fait nécessairement pour le fonds tout entier, et, par conséquent, tant dans l'intérêt de ses copropriétaires que pour lui-même.

Quid, dans cette hypothèse, si la servitude consiste dans un fait susceptible de *division ?*

Cette décision s'applique même au cas où la servitude, consistant dans un fait susceptible de division, n'a été exercée que par l'un des copropriétaires du fonds dominant et seulement pour la part correspondante à sa part indivise. Si, par exemple, étant propriétaire pour *un quart* d'un fonds jouissant du droit de prendre à une source voisine quarante voies d'eau par mois, il n'a pris, chaque mois, que dix voies d'eau, la servitude est éteinte pour le surplus, mais la partie qui est conservée l'est pour le fonds tout entier, et, par conséquent, dans l'intérêt de tous ceux auxquels il appartient.

Art. 710.

Quid, si, dans le cas de non-usage pendant trente ans, l'un de

1862. — La loi va plus loin encore. Elle décide que, si, parmi les copropriétaires du fonds dominant, il s'en trouve un contre lequel la prescription ne peut pas courir, comme un mineur ou un

(1) En ce sens, Val., à son cours; Duv., *sur Toull.*, t. III, p. 326; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 704; MM. Gabriel Demante, *Revue de droit français et étranger*, t. VII (1850), p. 559 et suiv.; Demol., t. II, n° 979; Aubry et Rau, t. III, § 255, p. 102, note 7; Laurent, t. VIII, n° 295.

(2) MM. Dur., t. V, n° 624; Demol., t. II, n° 995; Laurent, t. VIII, n° 309.

interdit, il aura, en conservant son droit, conservé le droit de tous.

1863. — Lorsque le fonds dominant a cessé d'être indivis entre plusieurs, c'est-à-dire lorsqu'il a été partagé, il y a alors autant de fonds dominants qu'il y a de portions (voy. le n° 1841). Dans ce cas, l'exercice de la servitude par l'un des copropriétaires, sa minorité ou son interdiction, n'aurait d'effet que quant à lui.

ceux auxquels le fonds dominant appartient par indivis est mineur ou interdit?

Si le fonds dominant a été partagé entre plusieurs propriétaires, l'exercice de la servitude par l'un d'eux, sa minorité ou son interdiction, profiteront-ils aux autres?

Art. 708.

1864. — « Le mode de la servitude (c'est-à-dire la manière d'en user) peut se prescrire comme la servitude elle-même et de la même manière (1). »

Le mode de la servitude est-il susceptible de se perdre par le non-usage, de même que la servitude?

Les servitudes peuvent-elles être augmentées par la prescription?

Quoique cette disposition soit placée sous la section relative à l'*extinction* des servitudes, personne n'hésite à reconnaître que la généralité même de ses termes la rend applicable, non seulement à la prescription *extinctive*, mais encore à la prescription *acquisitive* du mode des servitudes.

Remarquons toutefois que, tandis que la prescription *extinctive* s'appplique à toute espèce de servitudes, la prescription *acquisitive* n'est applicable qu'aux servitudes continues et apparentes (voy. le n° 1823).

Ainsi, toutes les servitudes, de quelque nature qu'elles soient, peuvent être diminuées par la prescription. Les servitudes continues et apparentes sont les seules qui soient susceptibles d'être augmentées par ce moyen.

1865. — Cela posé, parcourons quelques espèces.

1° Si le propriétaire du fonds dominant exerce pendant trente ans une servitude autre que celle qui lui est due, la servitude dont il n'a pas usé est *éteinte;* mais celle qu'il a exercée à la place est-elle *acquise ?* Oui, si elle est à la fois continue et apparente; non, dans le cas contraire.

Quid, si le propriétaire du fonds dominant exerce pendant trente ans une servitude autre que celle qui lui est due?

Je vous ai concédé le droit de construire sur mon fonds un aqueduc pour conduire sur le vôtre l'eau provenant d'une source qui est dans le mien; vous n'avez pas construit l'aqueduc, mais pendant trente ans vous êtes venu puiser de l'eau à ma fontaine : la servitude d'*aqueduc* dont vous n'avez pas usé est éteinte par l'effet du non-usage; quant à la servitude de *puisage* que vous avez exercée, elle n'est pas acquise, car elle est *discontinue.*

Si nous renversons l'espèce, la solution sera différente : la servitude de *puisage*, dont le propriétaire du fonds dominant n'a pas usé, est bien éteinte, comme dans la première espèce; mais la servitude d'*aqueduc* qu'il a exercée est acquise, puisqu'elle est *continue* en même temps qu'*apparente.*

1866. — 2° Le propriétaire du fonds dominant a usé de la servitude qui lui appartient, mais il en a usé d'une manière autre que celle qui lui était tracée par son titre : le mode qu'il n'a pas

Quid, s'il a usé de la servitude qui lui est due, mais d'une manière autre que celle

(1) Sur cette importante disposition, voy. M. Dupret, *Revue de droit français et étranger*, t. III (1846), p. 817 et suiv.

qui lui était tracée par son titre ?

exercé est perdu. Celui dont il s'est servi est ou n'est pas acquis, suivant qu'il constitue ou non une servitude continue et apparente. Vous m'avez concédé un droit de passage sur telle partie déterminée de votre fonds ; pendant trente ans je passe sur un autre point : j'ai perdu le droit de passer sur la partie de votre terrain qui était grevée de la servitude, et je n'ai point acquis le droit de passer sur la partie qui n'y était point soumise. Dans ce cas, l'extinction du mode de la servitude emporte implicitement l'extinction de la servitude elle-même (1).

Quid, s'il n'a pas fait tout ce qu'elle lui donnait le droit de faire ?

1867. — 3° J'ai exercé la servitude selon mon titre, mais je n'ai pas fait tout ce qu'il me donnait droit de faire : dans ce cas, j'ai conservé ma servitude dans la limite de l'usage que j'en ai fait. Vous m'avez concédé le droit d'avoir, à la distance prohibée, deux fenêtres sur votre fonds ; je n'en ai ouvert qu'une : après trente ans, le surplus de ma servitude est éteint, je n'ai plus droit qu'à une seule fenêtre.

Quid, s'il a fait quelque chose de plus ?

1868. — 4° J'ai exercé ma servitude, mais j'ai fait quelque chose de plus que ce que j'avais le droit de faire. Ma servitude reste intacte : car, ayant fait plus qu'elle ne comportait, il est vrai de dire que je l'ai exercée pour le tout. Quant à l'excédent, je l'ai ou je ne l'ai pas acquis, suivant qu'il s'agit ou non d'une servitude *continue* et *apparente*. Vous m'avez concédé le droit de passer *à pied* sur votre héritage ; pendant trente ans j'y passe en voiture : je n'ai point perdu le droit de passer à pied, mais je n'ai point non plus acquis le droit de passer en voiture, car ce droit constitue une servitude discontinue. — Vous m'avez cédé le droit d'ouvrir *une* fenêtre sur votre fonds ; j'en ouvre *deux* : si elles subsistent pendant trente ans, j'aurai acquis le droit de les avoir, car la servitude que j'ai exercée est tout à la fois continue et apparente.

Quid, s'il n'a usé que de la servitude accessoire ?

1869. — 5° Si le propriétaire du fonds dominant n'a usé pendant trente ans que de la servitude *accessoire*, par exemple, s'il a *passé* sur le fonds asservi, sans jamais puiser à la fontaine l'eau qu'il a le droit d'y prendre, tout est perdu : la servitude principale (la servitude de puisage), par l'effet du non-usage, et la servitude accessoire (la servitude de passage), par application du principe que l'accessoire ne survit point au principal.

(1) Il y a ici ce que les auteurs appellent une assignation *limitative*, par opposition à l'assignation simplement *démonstrative*. — Voy. MM. Aubry et Rau, t. III, § 255, p. 109.

APPENDICE

Loi du 27 février 1880,

Relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur (1).

Art. 1er. Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations, et autres meubles incorporels quelconques, appartenant au mineur ou à l'interdit. — Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles.

Art. 2. Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation du conseil de famille, 1500 francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal, qui statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du Code de procédure civile. — Dans tous les cas, le jugement sera rendu en dernier ressort.

Art. 3. L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour.

Art. 4. Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé. — Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage.

Art. 5. Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. — Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et ce, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. — Le conseil de famille pourra fixer pour la conversion un terme plus long. — Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom

(1) Cette loi a été promulguée lorsqu'une partie du présent volume était déjà imprimée.

du mineur ou de l'interdit, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée. — Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Art. 6. Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt, comme il est dit en l'article précédent. — Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du Code civil seront applicables à cet emploi. — Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi.

Art. 7. Le subrogé tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille, devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes.

Art. 8. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle, soit de l'administration de l'assistance publique, soit des administrations hospitalières. — Le conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives rempliront à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille. Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838.

Art. 9. Les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à la présente loi seront tenus de s'y conformer. Les délais courront pour eux à partir de la promulgation.

Art. 10. La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.

Art. 11. Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862.

Art. 12. La loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont abrogés. — Sont également abrogées toutes les dispositions de lois qui seraient contraires à la présente loi.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE V

TITRE VI

TITRE VII

TITRE VIII

TITRE IX

TITRE X

TITRE XI

LIVRE DEUXIÈME

TITRE PREMIER

TITRE II

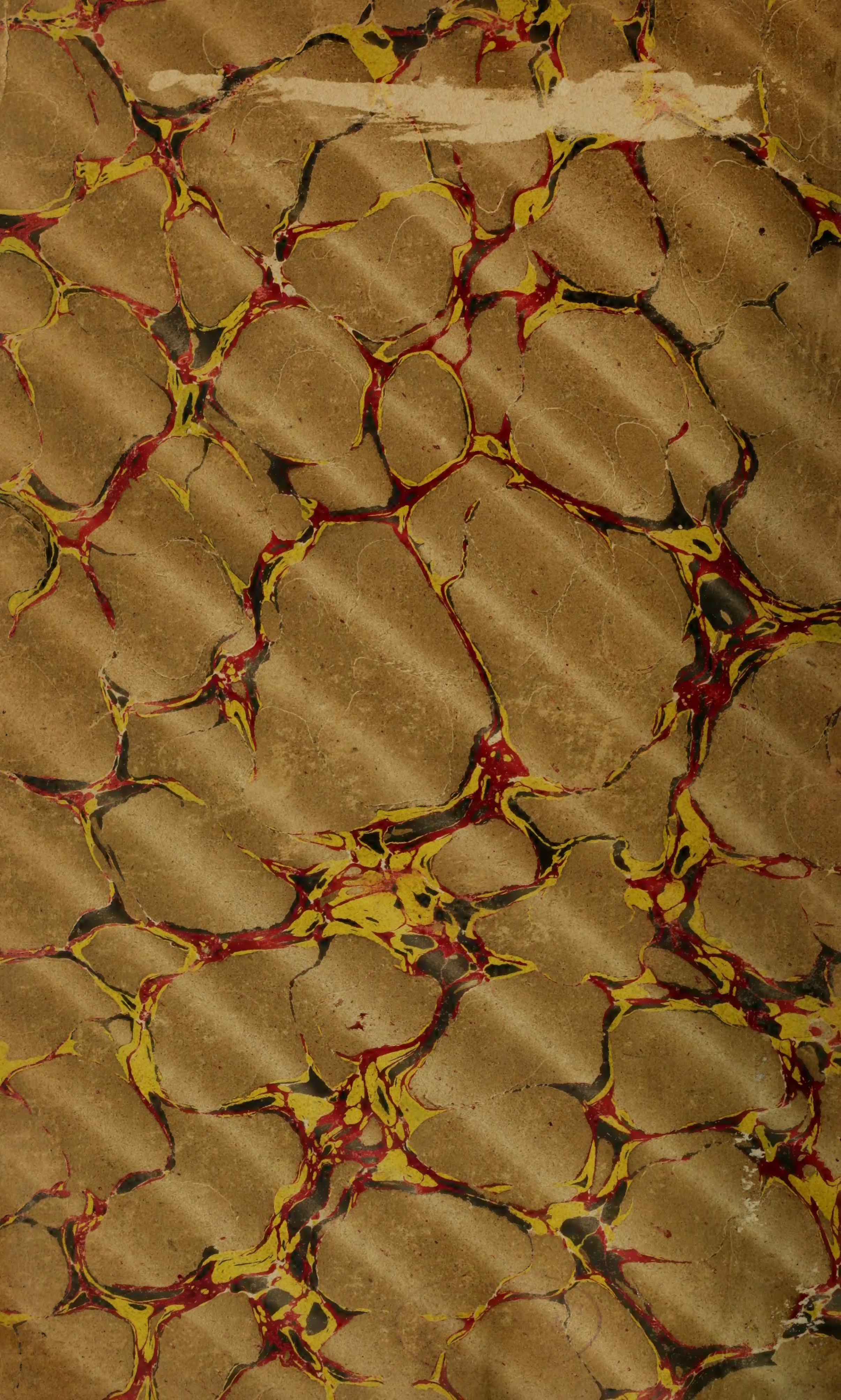
TITRE III

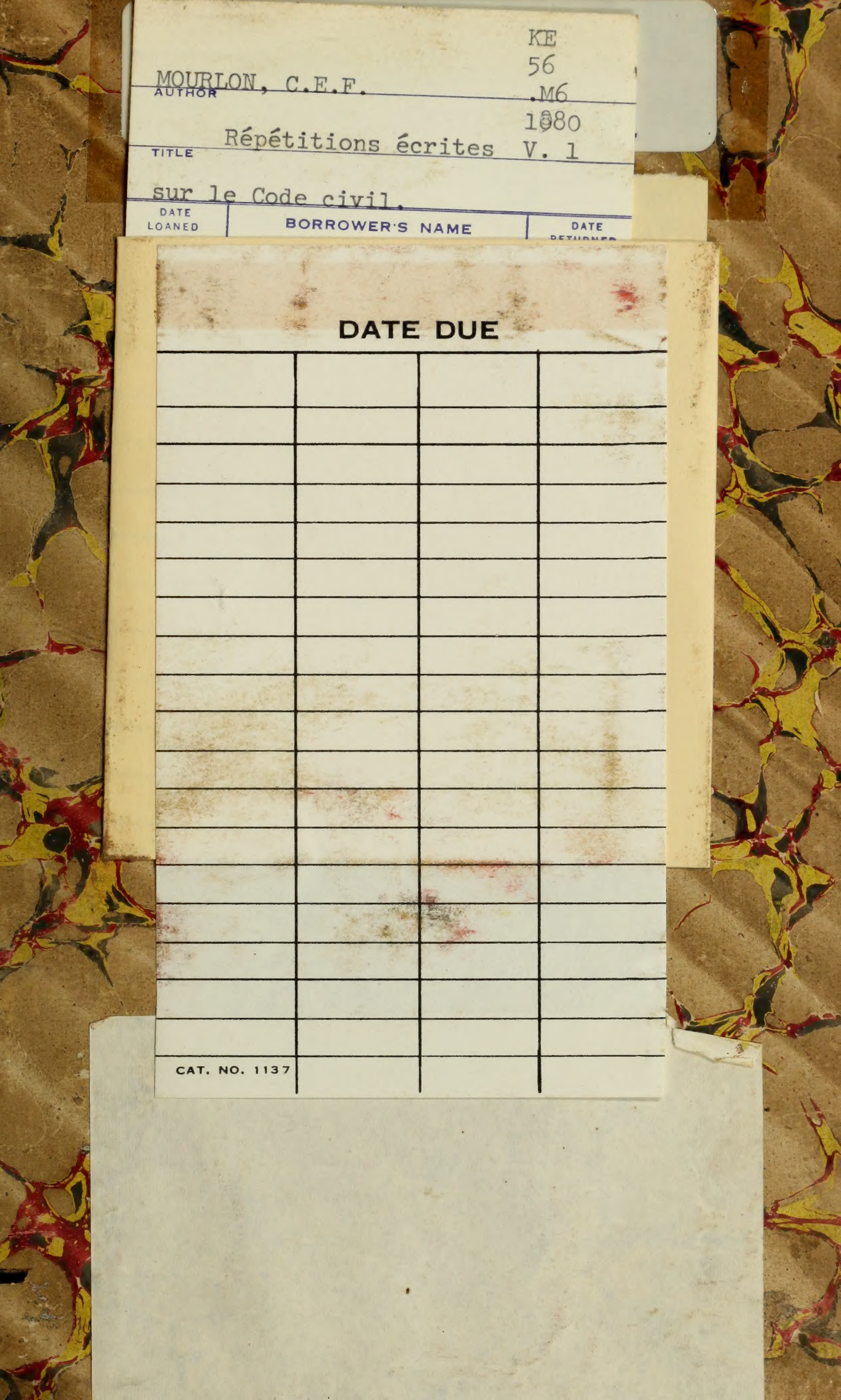
TITRE IV

FIN DE LA TABLE.



Société anonyme d'imprimerie P. DUPONT Directeur. Paris (Cl.) 1000.8.79.




KE
56
.M6
1880
V. 1
MOURLON, C.E.F.
AUTHOR
Répétitions écrites
TITLE
sur le Code civil.
DATE LOANED
BORROWER'S NAME
DATE
DATE DUE
CAT. NO. 1137

